ARNOLDI VINNI, JC. SELECTARUM JURIS QUAESTIONUM...

Arnold Vinnen, Simon Vinnen

Digitized by Google

BIBLIOTECA NAZIONALE VITT. EMANUELE
13
10 G
10

13-12 G 48

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

ARNOLDI VINNII, JC.

SELECTARUM JURIS

QUÆSTIONUM

LIBRI DUO.

Additæ ſunt

SIMONIS VINNII,

ARN. FIL.

ORATION[illegible]

duæ, & alia quædam

Editio Quarta priori emendat[illegible]



ROTERODAMI,

Ex Officina REGNERI LEERS.

CIↃ IↃC LXXXV.

BIBLIOTHECA S. PETRI AD [illegible]

2655

Digitized by Google

hujus Academiæ pater ac tutor immortalis, Te diu ſuæ Univerſitati ſoſpitem ac incolumem potegat, conſervet, defendat. Vale Juriſconſultorum decus, iterum vale.

Celeberrimo nomini tuo

Devotiſsimus cliens

I. VOORN.

SYL-

Digitized by Google

SYLLABUS CAPITUM

LIBRI I.

CAPUT I.

AN ſine exceptione quicquid contra legem fit, ſit ipſo jure nullum? Fol. 1

II. Leges interpretari ſitne ſolius Principis, an verò & quo caſu etiam privatorum? 5

III. Utrum dare bonorum poſſeßionem, jubere cavere prætoria ſtipulatione, in poſſeßionem mittere, mixto imperio, an juriſdictioni adſcribenda? 11

IV. An prorogatio juriſdictionis de loco ad locum, & de tempore ad tempus, ex ratione juris noſtri defendi queat? 18

V. In jus vocatio an ſit pars judicii proprie dicti? 24

VI. An pactum unius ex correis debendi aut credendi alteri proſit aut noceat? 28

VII. Si unius debiti plura ſint chirographa apud creditorem, an unius redditione cenſeatur obligatio remiſſa? 33

VIII. An de controverſiis ex teſtamento ortis recte tranſigatur non inſpectis teſtamenti verbis? & quid hic ſtatuendum de pactione gratuita? 37

IX. An vulgaris diſtinctio procuratoris univerſorum bonorum in ſimplicem & cum libera, ex ratione juris noſtri defendi poſſit? 42

X. An recte interpretes ſtatuant, reſtitutionem in integrum eſſe remedium extraordinarium, & duplex hic

Digitized by Google

hic intervenire judicium, reſcindens & reſciſſorium? 46

XI. *Quale ſit beneficium reſtitutionis in integrum, reale an perſonale: & an fidejuſſoribus quoque proſit?* 51

XII. *An dolus dans cauſam contractui bonæ fidei, eum reddat ipſo jure nullum?* 57

XIII. *An minori 25. annis Doctori juris, ſi captus ſit, concedenda in integrum reſtitutio?* 66

XIV. *An ſi inſtitutus beneficio ætatis contra aditionem hereditatis reſtitutus ſit, convaleſcat ſubſtitutio?* 69

XV. *An* auth. Sacramenta puberum. C. ſi adv. vend. *pertineat tam ad contractus invalidos, quam ad validos ipſo jure?* 73

XVI. *Utrum unum tantum, an duo ſint genera arbitrorum ſimilitudinem judicum habentium?* 76

XVII. *An litis conteſtatio aliter, quam negative ex parte rei fieri poſſit?* 79

XVIII. *An in controverſiis de poſſeſſione aut rei proprietate ſolus locus rei ſitæ ſit forum competens, an vero & locus domicilii rei?* 83

XIX. *An querela inofficioſi teſtamenti ſit ſpecies petitionis hereditatis?* 87

XX. *An in querela inofficioſi locus ſit edicto ſucceſſorio?* 91

XXI. *An liberi juſte exheredati connumerentur in computatione legitimæ, ſeu an cæteris partem faciant?* 96

XXII. *Le-*

Digitized by Google

XXII. *Legitima ſitne bonorum quota, an hereditatis? & an recipiat ullum gravamen?* 101

XXIII. *Petitio hereditatis an detur contra poſſidentem titulo ſingulari?* 105

XXIV. *An ei, qui non poſſidet, actio aliqua jure prodita ſit, qua conſequatur impenſas in rem alienam factas?* 109

XXV. *An bonæ fidei poſſeſſor fructus omnes, tam naturales, quam induſtriales percipiendo ſuos faciat?* 117

XXVI. *An bonæ fidei poſſeſſor fructus omnes, quos percepit, domino rem ſuam vindicanti reſtituere teneatur?* 124

XXVII. *An ex iis cauſis, ex quibus dominium citra traditionem poteſtate juris transfertur, etiam ante traditionem Publiciana experiri liceat?* 131

XXVIII. *Uſusfructus ſitne dividuus, an individuus?* 135

XXIX. *An teſtator poſſit fructuario remittere cautionis fructuariæ partem, quæ eſt de re finito uſufructu reſtituenda?* 140

XXX. *An in argumento de ſervitutibus prædiorum ſola ædificia ad uſum urbanum comparata urbanorum prædiorum numero habenda?* 143

XXXI. *An in præſcriptione ſervitutum ſemper opus ſit titulo?* 147

XXXII. *An quæ ſervitutes prædiorum pignori dari poſſint?* 153

XXXIII. *An is, in cujus ædibus incendium ortum*

eſt, teneatur lege Aquilia ad reſarciendum damnum vicinis inde allatum? & an inquilinus ex locato locatori? 157

XXXIV. *An actiones finium regundorum, familiæ erciſcundæ, communi dividundo 30. annorum præſcriptione tollantur? & an longi temporis præſcriptio 10. vel 20. annorum hic procedat bonæ fidei poſſeſſori?* 162

XXXV. *Quomodo inter fratres inſtituto familiæ erciſcundæ judicio dividenda hereditas?* 167

XXXVI. *An ad res dividendas etiam actione pro ſocio agi poßit, nimirum inter eos, quorum res communis eſt ex cauſa ſocietatis?* 171

XXXVII. *An actio negotiorum geſtorum electivè concurrat cum actione communi dividundo aut familiæ erciſcundæ?* 177

XXXVIII. *An in judicio familiæ erciſcundæ condemnatio & abſolutio facienda in perſonis omnium?* 183

XXXIX. *Ad quodnam tempus referenda ſit rei debitæ æſtimatio, ſi ea creverit, aut decreverit?* 187

XL. *An ſi convenerit, ut pecuniam, quam mihi ex alia cauſa debes, crediti nomine retineas, mutua fiat?* 193

XLI. *An debitor exceptionem pecuniæ non numeratæ poſt biennium opponere poßit, onus probandi in ſe ſuſcipiens?* 200

XLII. *An jusjurandum judiciale recuſari poſſit delatum ab actore qui nihil probavit?* 208

XLIII. *An jusjurandum neceſſarium ſive ſuppleto-*

pletorium judex deferre ex officio teneatur? & antemitti, vel referri, aut recuſari poſſit? 214

XLIV. Quando & quibus in cauſis à judice deferri poßit aut debeat jusjurandum neceſſarium ſeu ſuppletorium? 218

XLV. An judex poßit ab initio modum ſtatuere jurijurando in litem: & an ex cauſa poßit id non ſequi, vel à principio non deferre? 224

XLVI. An ex omnibus contractibus innominatis duplex actio competat, præſcriptis verbis, & condictio ob cauſam dati? 229

XLVII. An etiam ejus, quod errore juris indebitum ſolutum eſt, repetitio detur? 234

XLVIII. An mulier ex quavis cauſa etiam extra judicium efficaciter renuntiet ſenatuſconſulto Velleiano? 241

XLIX. An etiam id, quod natura debetur, in compenſationem veniat? 246

L. An reus compenſationem ex cauſa non liquida per modum exceptionis initio litis opponens, audiendus ſit? 254

LI. An depoſitarius propter impenſas neceſſarias retinere depoſitum poßit? 258

LII. An præter dolum etiam culpam & quam culpam præſtet procurator ſeu mandatarius? 261

LIII. An pactum de inæqualibus lucri & damni partibus inter ſocios valeat, ubi æqualis eſt opera & pecuniæ collatio? 265

LIV. An

Digitized by Google

LIV. *An uno pecuniam, altero operam conferente, pecunia communis fiat, & cujus periculo ſit?* 267

LV. *An in emptorem hereditatis tranſeat jus accreſcendi?* 271

LVI. *An beneficium* l. 2. C. de reſc. vend. *competat venditori non ignoranti valorem rei venditæ?* 278

LVII. *An locus ſit beneficio* l. 2. C. de reſc. vend. *in tranſactione?* 281

Digitized by Google

SYLLABUS CAPITUM

LIBER II.

CAPUT I.

SI conductor caſus fortuitos in ſe ſuſceperit, an id quoque ad caſus inſolitos pertineat? 287

II. *An emphyteuta donatione vel permutatione alienare poſſit emphyteuſin inconſulto domino?* 292

III. *An dominus fundi emphyteutici poſt elapſum tempus canonem recipiens, videatur renuntiaſſe caducitati?* 297

IV. *An is qui pecuniam credidit ad navem armandam vel reficiendam, tacitum pignus habeat?* 302

V. *An hypotheca conſtituta in rebus per beneficium* l. 2. C. de reſc. vend. *avocatis, extinguatur?* 307

VI. *An juri offerendi debiti luendique pignoris præſcribatur longiſſimo tempore, ſeu* 30. *aut* 40. *annis?* 313

VII. *An* ἀντίχρησις *ſit ſpecies pignoris, & an aliqua ſit antichreſis tacita?* 319

VIII. *An & quando evictioni ſit locus in hereditate vel actione vendita, & donatione vel legato?* 325

IX. *An & quomodo fœnus differat ab uſura?* 329

X. *An & quatenus mora debitoris noceat fidejuſſori?* 332

XI. *An*

XI. An ſola quæſtiones facti ſint objectum probationis? 339

XII. An factum negantis, quatenus negat, ulla ſit per rerum naturam probatio? 342

XIII. An quo jure licitum ſit leviri aut gloris filiam neptemve uxorem ducere? 346.

XIV. An quævis filia à quibuſvis parentibus dotanda; & ex profeſſo, an pater cogatur dotem dare filiæ locupleti? 354

XV. An promiſſio donationis cauſa facta inter virum & uxorem morte promittentis confirmetur, etiamſi traditio ſecuta non ſit? 360

XVI. An cum teſtator prohibuit inventarii confectionem, etiam neceſſitas reddendarum rationum tutori vel curatori remiſſa intelligatur? 336

XVII. Vtrum imperfecta parentum inter liberos diſpoſitio valeat jure teſtamenti, an vero tantum ut voluntas ultima inteſtati? 372

XVIII. An verbis nuncupata parentum diſpoſitio inter liberos ex privilegio valeat? 379

XIX. An teſtamentum juxta ſtatuta aut mores alicujus loci factum etiam vim habeat extra illum locum, ubi major requiritur ordinationis ſolennitas? 383

XX. An liberis ſuis heredibus præteritis à patre totum teſtamentum ſit ipſo jure nullum etiam hodie poſt Novell. 115. c. 3. 387

XXI. Vtrum ſi exheredatio facta ſit ſine elogio, teſtamentum ex Nov. 115. nullum ſit, an jure adhuc ſubſiſtat, & ad illud reſcindendum querela ſit opus? 393

XXII. An

Digitized by Google

XXII. *An jus accreſcendi in hereditatibus cum aliquo effectu à teſtatore prohiberi queat?* 398

XXIII. *Quando conditio ſubſtitutionis vulgaris filio ſuo heredi à patre facta extitiſſe intelligatur, ut ſubſtituto fiat locus? Et an jus ſuitatis per hujuſmodi ſubſtitutionem tollatur?* 407

XXIV. *An quemadmodum quod explorati juris eſt, ſub expreſſa ſubſtitutione vulgari facta filio impuberi continetur & pupillaris, ita ex converſo ſub expreſſa pupillari etiam contineatur vulgaris?* 412

XXV. *An legatum in alterius arbitrium recte conferatur?* 419

XXVI. *Rei alienæ legatum quando valeat? & quid juris, ſi quis legaverit rem, quam cum alio communem habet?* 423

XXVII. *An unquam error in nomine legatarii reive legatæ, aut falſa demonſtratio vitiet legatum?* 430

XXVIII. *An heres ob omiſſam inventarii confectionem amittat quartam, quam vulgo nunc Trebellianicam appellant? & an ex eadem cauſa amittat legitimam?* 435

XXIX. *Filius hereditatem reſtituere rogatus quo jure duplici deductione utatur? & quid hic uſu receptum?* 442

XXX. *Utrum fratrum filii, quando ſoli ſunt, in ſtirpes, an in capita ſuccedant?* 451

XXXI. *An in ſucceſſione fratrum conſanguineorum & uterinorum diſcretio bonorum obſervanda? & obiter, an obſervanda in ſucceſſione adſcendentium?* 458

XXXII. *An juſta ſit cauſa revocandæ donatio-*

nis

tis, ſi donator poſt factam donationem liberos ſuſceperit? 462

XXXIII. *An per querelam inofficioſæ donationis revocetur tota donatio?* 469

XXXIV. *An pro mortis cauſa donatione haberi debeat, ſi donator mortis mentione facta adjecerit clauſulam, ſe nullo modo revocaturum donationem?* 475

XXXV. *An diſſenſio in cauſis dandi & accipiendi impediat dominii tranſlationem?* 479

XXXVI. *Poßitne dari plena poſſeſſionis definitio, quæ ſpecies omnes complectatur: & quænam ſint iſtæ ſpecies?* 485

XXXVII. *An in eo, quod intereſt, æſtimando etiam lucri ratio habeatur?* 494

XXXVIII. *Num in taxatione ejus, quod intereſt, id omne, quod actor conſequi potuit, nec conſecutus eſt, ſine exceptione æſtimetur?* 498

XXXIX. *An interdictum ſeu judicium poſſeſſorium recte cumuletur cum petitorio ſeu rei vindicatione?* 502

XL. *Exceptio diviſionis quando proponenda?* 511

XLI. *An fidejuſſor ad certum tempus acceptus eo tempore elapſo obligatus maneat, & quomodo?* 518

XLII. *An prorogatio termini ſolutionis liberet fidejuſſorem?* 523

ARNOL-

Digitized by Google

ARNOLDI VINNII, JC.

SELECTARUM JURIS QUÆSTIONUM

LIBER I.

CAPUT I.

An ſine exceptione, quicquid contra legem fit, ſit ipſo jure nullum?

QUICQUID contra legem fit, id pro infecto haberi & ipſo jure nullum eſſe, jubent Impp. in *l. non dubium.* 5. *C. de legib.* Igitur verbi cauſa, ſi filiusfam. ſine conſenſu patris uxorem duxerit, nec vir, nec uxor, nec matrimonium, nec dos intelligitur. §. *ſi adverſus.* 12 *Inſt. de nupt.* Si in teſtamento faciendo ea, quæ ad juris ſolennitatem pertinent, omiſſa fuerint, deficit jure teſtamentum. *l.* 1 *ff de injuſt. rupt. teſtam. l. ſi unus.* 12. *C. de teſt.* Si pater filium, quem

Digitized by Google

quem in poteſtate habet, præterierit, id eſt, neque heredem inſtituerit, neque ut oportet, exheredaverit, teſtamentum prorſus inutile eſt & nullius momenti. *Inſt. de exhor. lib. in pr. l. propren. ff. de lib. & poſth.* Si tutores aut curatores prædia pupillorum aut adultorum ſine decreto alienaverint, caſſa eſt atque ipſo jure nulla alienatio. *tit. C. de præd. min. ſin. dec. non alien.* Sed & ſi quid factum eſt, non quidem adverſus expreſſam legis prohibitionem, verum contra mentem ejus & ſententiam, etiamſi lex id verbis non expreſſerit, placet nihilominus actum ipſo jure eſſe invalidum & nullum *d. l. non dubium. pr. C. de legib. l. hoc modo. 64. §. 1. ff. de cond. & dem.* ubi & exemplum. Aliud exemplum habemus in *l. ſi ſponſus. §. circa. 5. ff. de donat. int. vir. & ux. l. ſi quis 38. ff. de contr. empt.* nempe ſi vir volens uxori donare, in fraudem legis venditionem commentus, viliori pretio rem uxori vendiderit. Quippe eo ipſo, quod quid fieri lex prohibet, efficit, ut fruſtra & inutiliter fiat, quod prohibitum eſt: adeo ut nec opus hîc ſit aliqua vel exceptione, vel reſciſſione aut reſtitutione. Nec ipſe actus ſolum legi contrarius ipſo jure inutilis eſt, ſed etiam quicquid tali actui acceſſerit, ſive pactum, ſive pignus, ſive ſtipulatio, ſive jusjurandum. *d. l. non dubium. in fin.* nam acceſſio ſequitur conditionem cauſæ principalis. Cæterum quod de jurejurando ibi dicitur, id jure Canonico ex parte mutatum eſt *c. cum contingat. ext. de jurejur. & C. quamvis de pact. in 6.* ubi Pontifices non tantum ipſum jusjurandum actui quantumvis inutili accedens ſervari volunt, ſed etiam actum jure inutilem eo confirmari & validum fieri. Utique tamen non derogant in totum diſpoſitioni *d. l. non dubium.* Nam quoties ideo actus vel contractus prohibetur, quia natura turpis & bonis moribus contrarius eſt, vel propter utilitatem publicam, aut in odium creditorum, vel

quia

Digitized by Google

quia jusjurandum vergit in præjudicium alterius, aut ſervari non poteſt ſine diſpendio æternæ ſalutis, juri antiquo & civili locum relinquunt. Et ergo jure Pontificio juramentum tollit defectum nullitatis & reſtitutionem in integrum, ut loquuntur Bartolus & Salicetus in *aut ſacramenta puberum. C. ſi adverſ. vendit.* ac probabile omnino eſt Imp. Fredericum in d. authent. ſecutum auctoritatem juris Canonici, quæ tunc magna erat, idem juramentis robur ex ſua auctoritate addere voluiſſe, quod à Pontificibus acceperant; ut rectè meo judicio ſentiant, qui ampliandæ *l. 1. C. eod. tit.* authenticam illam ab Irnerio ſubjectam putant: ſed hæc non ſunt hujus diſquiſitionis.

Quæritur autem an ſemper & ſine exceptione verum ſit, quod diximus, pro infecto & nullo haberi, quod contra legem fit, ſive contra quam lege cautum eſt. Et ſiquidem lex ſimpliciter aliquid fieri vetet, nec ullam nominatim adjiciat pœnam, rectè colligimus & ſtatuimus ea, quæ contra legem fiunt, pro infectis haberi, & ipſo jure eſſe nulla: tunc enim hanc eſſe pœnam legis, & hoc velle legem intelligimus, ut quod factum eſt, infectum ſit, id eſt, caſſum & irritum prorſus; veluti ſi filius ſine conſenſu patris matrimonium contraxerit, ſi vir uxori, aut uxor viro aliquid donaverit, ſi pater filium, quem in poteſtate habet, præterierit, aut ſub conditione, quæ non ſit in ejus poteſtate, heredem inſtituerit, ſi quis in fraudem creditorum manumiſerit, ſi minor natu majorem adoptaverit, &c. Sed & ſi lex ulterius procedat & pœnam adjiciat, idem adhuc dicendum eſt, modo pœna adjiciatur annullationi actus, ut loquuntur: nam & tunc nullum eſt ipſo jure, quod factum eſt, & præterea pœna adjecta annullationi præſtanda eſt: exempla habemus in *l. 4. l. 6. cum auth. ſeq. C. de inceſt. nupt. l. un C. ſi quacunque præd. pot. l.*

 pen.

pen. C. de interd. matr. int. pup. l. eum qui. 18. *ad leg. Jul. de adult. l. ult. ff. de rit. nupt.* cum ſimilib. quibus locis inceſtæ & prohibitæ nuptiæ non ſolum caſſæ & irritæ eſſe jubentur, verum etiam qui tales nuptias contrahunt, variis pœnis pro varietate delicti afficiuntur. At enimvero cum lex aliquid fieri vetat, & pœnam, ſi contra factum erit, nominatim conſtituit, non actum annullando, ſed ita ut quod factum eſt, valere aliquo modo & ſubſiſtere patiatur, ceterum remedium ſuppeditet, quo id poſtea reſcindatur aut alias infirmetur, pœnave aliqua facienti irrogetur, quod factum eſt, ipſo jure ſubſiſtet, ut lex vult, ſed reſcindi aut irritum reddi poterit, eritque ea pœna, quam lex conſtituit. Exemplo ſint Senatuſconſulta Macedonianum & Vellejanum; quorum illud vetat filiofam. mutuam pecuniam dari; hoc comprehenſum eſt, ne fœminæ pro ullo intercedant: & tamen ſi aut filiofam. mutua pecunia data ſit, aut fœmina pro alio interceſſerit, actus iſte non eſt ipſo jure nullus, quoniam neutro Senatusconſulto plane annullatur, ſed aut actio contra filiumfam. mulieremve denegatur, ſi conſtet contra Senatusconſulta factum eſſe, aut ſi de eo ambigatur, contra actionem datur exceptio. *titt. ff. & C. de Senatuſc. Maced. & ad Senatuſc. Velleian. junct. l. nam poſteaquam. 9. pr. ff. de jurejur.* Prætor liberos emancipatos, ſi heredes non inſtituantur, exheredari jubet: & tamen ſi neque heredes inſtituti, neque exheredati fuerint, non ideo teſtamentum patris jure prætorio nullum eſt, quia prætor id patitur ſubſiſtere, & tantum remedium ſuppeditat, quo id reſcindatur, data ſcilicet præteritis bonorum poſſeſſione contra tabulas teſtamenti paterni. *§. emancipatos. Inſt. de exhered. lib. l. 1. & tot. tit. ff. de bon. poſſ. cont. tab.* Mulier, quæ intra tempus, quo virum elugere moris eſt, nubit, contra legem facit. *l. 1. ff de his qui not. infam.* non ideo tamen matrimonium ipſo jure nullum eſt: imo nec reſcinditur,

ſed

ſed infamis fit mulier, & alias quoque pœnas patitur. *l.* 1. *C. de ſecund. nupt.* Atque hinc pendet deciſio nobiliſſimæ quæſtionis de exheredatione liberorum facta aut ſine juſta cauſa, aut nulla ingratitudinis cauſa expreſſa, utrum ob id teſtamentum patris ſit ipſo jure nullum ex conſtitutione Juſtiniani *Nov.* 115. *c.* 3. an hoc non obſtante teſtamentum nihilominus ipſo jure ſubſiſtat, atque ad id reſcindendum etiamnum querela inofficioſi ſit opus? De quo agemus ex profeſſo *lib.* 2. *quæſt.* 21. Illud obiter hic monendum, non totum actum, in quo quid contra legem aut in fraudem legis factum eſt, reſcindi aut ipſo jure nullum eſſe, niſi & in totum contra legem factum ſit; alias non niſi quatenus in legem peccatum: verbi gratia, ſi quis majores, quam licet, uſuras ſtipulatus fuerit, non idcirco in totum inutilis erit ſtipulatio, ſed duntaxat quatenus legitimum modum excedit. *l. placuit.* 29. *ff. de uſur.* Non in totum irrita eſt donatio, quæ ſummam lege definitam excedens actis inſinuata non eſt, ſed tantummodo eatenus, quatenus ſuperat definitionem legis. *l. ſancimus.* 34. *C. de donat.* Sic remiſſione cautionis fructuariæ facta à teſtatore non vitiatur legatum ipſum uſusfructus, ut perperam exiſtimavit Hunnius 2. *reſol. tr.* 2. *q.* 26. ſed remiſſio pro non ſcripta habetur: quoniam non in legando uſufructu, ſed tantum in remittenda cautione contra legem fecit teſtator. *l.* 6. *ff. in poſſ. leg. l.* 1. *C. uſufruct.*

CAP. II.

Leges interpretari ſitne ſolius Principis, an verò & quo caſu etiam privatorum?

SIcut ſolius Principis eſt leges condere, ita & ejus ſolius eſt leges interpretari; quæ ſententia multis locis expreſſa eſt. *l.* 1. *l. leges.* 9. *l. ult. C. de legib.* & ab ea initium ſumit Novella Juſtiniani *de*

mul. rapt. paſſ. 143. Quis enim, ut idem Imperator. ait *d. l. ultim. C. de legib.* legum ænigmata ſolvere & omnibus aperire idoneus eſſe videbitur, niſi is, cui ſoli legiſlatorem eſſe conceſſum eſt? Nulline igitur leges interpretandi jus eſt, ſolo Principe excepto? Nulli ſane tale, quale Princeps habet, ut ſcilicet interpretatione ſua mentem legis latæ egrediatur, aut prætextu æquitatis à mente legiſlatoris recedat; quoniam id non eſt ſervare legem interpretando, ſed mutare, quod nemini licet, niſi Principi. Et hoc eſt, quod Conſtantinus reſcribit l. 1. *C. eod.* inter æquitatem juſque interpoſitam interpretationem nobis ſolis & oportet & licet inſpicere. & Valentianus *l. 9. C. eod.* duritiam legum oportere Imperatoria interpretatione emendari. Quibus convenit illud Harmenopuli *lib. 1. tit. 1. §. 33.* ὅταν ἕτερόν τι τὸ νόμιμον βούλεται, ἕτερον δὲ τὸ δίκαιον, μόνος ὁ βασιλεὺς τὴν περὶ τούτου τέμνει ζήτησιν. id eſt, Cum aliud jus ipſum, aliud æquitas poſtulat, controverſiam hanc ſolus Princeps dirimit. Ac proinde ſi ex verbis legis tam aperta ſit legiſlatoris voluntas, ut de ea dubitari non poſſit, ſervanda lex eſt, quamvis dura & aſpera videatur: nam credendum eſt, legiſlatorem certa ratione ductum, ita conſtituiſſe, licet nos rationem, quæ eum moverit, expedire non poſſimus *l. non omnium* 20. *ff. de legib. l. 9. ff. de religioſ.* Scilicet hoc inter homines lex affert, ut habeamus, quid in judicando ſequamur, quamvis forte, id quod ſequimur, altero, quod non ſequimur, non ſit melius & æquius. In rebus enim & negotiis aliquid certi definiendum eſt, neque de legibus, quarum certa eſt ſententia, diſputari oportet: cum alioqui multa eaque certiſſima poſſent ſubverti *lib. & ideo* 21 *ff. de legib.* rueretque legum auctoritas, ſi in rationem earum nimis anxie inquirere liceret, ut diſputat Plato *lib. 1. de legib.* Unde Auguſtinus *lib. de vera relig. cap.* 32. In iſtis, inquit, temporalibus legibus,

Digitized by Google

legibus, quanquam de his homines judicent, cum eas inſtituunt, tamen cum fuerint inſtitutæ & firmatæ, non licebit judici de ipſis judicare, ſed ſecundum ipſas. *cap.* 3. *diſt.* 4. Exemplum habemus in *l. proſpexit.* 12. *ff. qui & à quib. man.* Lege Julia de adulteriis coërcendis cavetur ne ſervi adulteræ, & nominatim ne ii quidem, qui extra miniſterium ejus fuerunt, vel in agro, vel in provincia, manumittantur, & ſic quæſtioni ſubducantur. Hoc licet nobis, quos ſæpe ratio legis latet. *l. non omnium* 20. *ff. de legib.* durum videatur, tamen cum id benigna interpretatione emendari nequeat ſalva voluntate legiſlatoris, juxta *l. benignius.* 18. *ff. eod. tit.* neque in iis, quæ lex diſponit, debeat judex ipſa lege eſſe clementior. *Novell.* 82. *c.* 10. Princeps hîc conſulendus erit & nobis cum Ulpiano reſpondendum, hoc perquam durum eſt, ſed lex ita ſcripta eſt: neque enim ubi aperta ſunt, atque inter ſe conveniunt verba legis & ſententia, voluntatis quæſtio admittenda eſt; ſed legi parendum & voluntas condentis nobis pro lege eſſe debet. *d.d. ll.* Nepos poſt mortem avi conceptus neque jure civili ad legitimam avi hereditatem vocatur, ut ſuus heres; neque jure prætorio ad bonorum poſſeſſionem tanquam cognatus *l.* 6 *cum* 2. *ſeqq. ff. de ſuis & legit. l.* 6. *pr. ff. de injuſt. rupt. reſt. l.* 1. §. 8. *ff. unde cogn.* §. *& licet.* 8. *Inſt. de her. quæ ab int.* Fatendum quidem eſt durum eſſe & alienum ab æquitate, hunc nepotem excludi à ſucceſſione avi, à quo utique non minus deſcendit, & cujus ſanguis non minus eſt, quam qui vivo eo nati aut concepti ſunt: ſed tamen judicis partes hîc quieſcere debent: quippe cui quidem licet à verbis legis recedere, ſed ita, ut ab ejus voluntate ſemper ſtet. *d. l.* 18. *ff. de legib.* & ſecundum eam ſententiam ferat. *Inſt. de offic. jud. in pr.* Quinimo nulla eſt ipſo jure & ἄνομος ſententia, quæ expreſſim contra juris rigorem lata eſt. *l. ſi expreßim.* 19. *ff. de*

ff. de appell.. An autem, ut quidam putant, à Juſtiniano hujus juris ſive ſubtilitas ſive aſperitas ſublata ſit *Nov.* 118. *c.* 1. ad voluntatis quæſtionem pertinet, de quo poſtea. Si quis in rem alienam impenſas fecerit, earum ſervandarum cauſa unum tantum remedium jure noſtro civili proditum eſt, ſcilicet retentio rei oppoſita doli mali exceptione, ſi res à domino vindicetur. *l. fin. autem.* 27. §. *ult. l. ſumptus.* 48. *ff. de rei vind. l. ſi quis.* 11. *l. ſi in area.* 16. *C. eod. tit.* Quod ſi omiſſa hac exceptione poſſeſſor rem reſtituerit, conſtanter traditum eſt, nullam ei impenſarum nomine actionem competere. *l. ſi in area.* 33. *ff. de cond. indeb. l. Paulus.* 14. *ff. de except. doli mal. l.* 14. §. 1. *ff. comm. div.* Hoc autem licet duriuſculum videatur in perſona bonæ fidei poſſeſſoris, non ideo tamen licebit judici contra manifeſtam juris ſententiam aliud remedium excogitare, quo ſubveniatur etiam non poſſidenti, atque ita æquitatis ſpecie vim auctoritatemque legum eludere. Principis igitur hîc partes erunt, non judicis, quanquam nonnulli exiſtimant, non eſſe alienum à ratione juris noſtri, ut non poſſidenti pro conſequendis impenſis detur actio utilis negotiorum geſtorum, ſed argumentis parum validis: quæ nunc non excutio. Atque hæc una fere fuit omnium edictorum cauſa & totius juris prætorii occaſio, quod ſcilicet ejuſmodi interpretatio aut potius juris civilis correctio à judicibus fieri non poterat: Quam enim multa contra manifeſtam rationem juris civilis à prætore introducta ſunt, in quibus antea nihil ſibi ſumere quiſquam privatus vel judex vel juriſconſultus potuit? Sed & in quæſtione voluntatis interdum Principis deſideratur interpretatio, ſi videlicet verba legis adeo ſint obſcura & perplexa, ut dubitetur, num factum, de quo agitur, legis mente comprehendatur, ſeu an lex ad hypotheſin pertineat, necne? Nam & hic adeundus Princeps, qui legem interpretetur, mentem legis omnibus aperiat, aut nova le-

ge, ſi

ge, ſi opus eſt, voluntatem ſuam declaret. *l. 9. & l. ult. C. de legib. l. & ideo 11. ff. eod. l. 1. in fin. cum l. ſeq. ff. de reb. eor. qui ſub tut.*

Sumamus exemplum, ut quod obiter modo attigi, nunc explicem, ex *Nov. 118. c. 1.* ubi Juſtinianus deſcendentes ſeu liberos omnes ante omnes alios vocat ad ſucceſſionem parentum inteſtato mortuorum ſine ulla gradus prærogativa, id eſt, ſive primi ſint, ſive inferiorum graduum. Ex hoc autem quidam colligunt jus vetus, quo nepos poſt mortem avi conceptus à ſucceſſione ejus tam honoraria quam legitima excluditur, Juſtiniano illic ſublatum eſſe. Sed iſta collectio valde infirma eſt: Nam & veteri jure in ſuis heredibus non ſervabatur gradus prærogativa. *§. cum filius 6. Inſtit. de her. quæ ab int.* & nepotes ex filio emancipato nati ex edicto jungebantur patri ſuo *l. 1. §. ſi quis. ff. unde lib. & tot. tit. de conjung. cum emanc. lib.* ponendi enim ut olim ita & nunc termini habiles. Itaque cum in Novella iſta Juſtiniani, tollentis tantum diſcrimina ſexus & poteſtatis, nihil inveniatur, quod ad hujus articuli emandationem trahi poſſit, quod mutatum non eſt, adhuc vigere debet. At rurſus ex diverſo illud quoque fatendum eſt, propoſito Juſtiniani, omnia in hac ſucceſſione ad ſimplicitatem naturæ revocare volentis, admodum conſentaneum eſſe, quod etiam in hoc caſu jus vetus emendare voluerit. Sed quia id non fecit, & ex hujuſmodi conjecturis correctio juris induci non debet, in hac perplexitate, ſi forte talis caſus inciderit, eum non à judice, ſed à Principe decidi oportebit, ne juris auctoritas ponatur in poteſtate judicantis, contra *l. ordine. 15. in fin. pr. ff ad municip.* & ita *Diod. Tulden. in comment. ad Cod. de ſuis & leg. her. c. 4. arg. l. 2. ff. de reb. eor. qui ſub tut.*

Quod ſi verba legis non ſint uſque adeo clara, ut excludant omnem interpretationem ex bono & æquo; neque uſque adeo obſcura, quin mens legiſlatoris ex

ris ex antecedentibus aut conſequentibus elici poſſit, hic dabitur locus interpretationi etiam privatorum, ſive juriſconſultorum aut judicum, qui verba legis ad ſententiam interpretando accommodent. *l. 12. & ſeq. ff. de legib.* atque huc reſpicit extrema clauſula *l. ult. C. eod. tit.* Duplex autem eſt ejuſmodi interpretatio, quarum altera extenſiva vulgo nuncupatur, altera reſtrictiva. Extenſivæ uſus eſt, cum ſententia legis latior eſt legis verbis; id eſt, cum lex minus ſcripſit, plus voluit: reſtrictivæ, cum ſententia eſt anguſtior; id eſt, cum lex plus ſcripſit, minus voluit: illa utimur cum verba legis ex ſententia extendimus & ad ſimilia producimus: hac, cum verba ex mente legis reſtringimus. Exempla extenſivæ interpretationis peti poſſunt ex *l. illud. 32. ff. ad leg. Aquil. l. 4. ff. de fund. dot. l. 7. §. 2. ff. de juriſd. l. oratio 16. ff. de ſponſ.* cum ſimilib. plane in jure ſingulari extenſivæ interpretationi locus non eſt: cujuſmodi ſunt jura minorum, miſerabilium perſonarum, militum, ſtudioſorum, fiſci, eccleſiarum, aliaque privilegia perſonis aut cauſis tributa. Nam quod contra rationem juris communis propter utilitatem aliquam certis in perſonis aut cauſis receptum aut conſtitutum eſt, id vetamur producere ad conſequentias, neque in eo poſſumus ſequi regulam juris. *l. quod vero 14. & ſeq. ff. de legib. l. 1. §. 2. ff. de conſt. princ.* Reſtrictivæ interpretationis exempla ſuppeditant. *l. quod dictum. 32. ff. de pact. l. 2. §. 3. ff. ad ſenat. Vell. l. 6. C. de legib. l. 6. §. 2. ff. de jur. patron. l. illud 40. pr. ff. de hered. petit. l. 11. ff. de in jus voc.* &c. ſic quod generaliter cautum eſt *Nov. 115. c. 3.* judex interpretatione ſua reſtringere poteſt & debet ex *l. ſicut. 9. & l. ſeq. C. de teſt. milit.* quæ licet ſint anteriores, ut videri poſſint per *d. Nov. 115.* utpote poſteriorem, ſublatæ. *arg. l. ult. ff. de conſtit. princ.* tamen quia ſunt ſpeciales, Novella iſta potius ex his explicanda, limitanda & reſtringenda eſt, juxta regulam

Digitized by Google

gulam juris. *l. in toto.* 80. *ff. de reg. jur. fac. l. non eſt novum.* 26. *cum ſeq. ff. de legib.*

Debent autem tam judices quam juriſconſulti in interpretatione ſibi permiſſa ſequi non rigorem juris civilis, non jus ſummum, quod ſumma ſæpe injuria eſt, ſed quod benignius, quod æquius eſt & melius, exemplo Servi Sulpitii, qui hoc encomio laudatur à Cicerone *Philip.* 9. quod non magis juris conſultus, quam juſtitiæ fuit, propterea quod ea, quæ proficiſcebantur à legibus & jure civili, ſemper ad æquitatem facilitatemque referebat: & Caii illius Aquilii, quem juris civilis rationem nunquam ab æquitate ſejunxiſſe memorat idem Cicero in *orat. pro Cæcinna.* eoque pertinent *l. placuit. C. de judic. l. benignius* 18. *ff. h. t. l. in omnibus.* 90. *ff. de reg. jur.* Item, præclaræ illæ Celſi ſententiæ dicentis, ſcire leges non hoc eſſe verba earum tenere, ſed vim ac poteſtatem. *l. ſcire.* 17. *ff. de legib.* jus eſſe artem æqui & boni *l.* 1. *pr. ff. de juſt. & jur.* Ex his credo, jam dignoſci poterit, quæ ſint in legibus exponendis principum, quæ judicum partes.

CAP. III.

Utrum dare Bonorum poſſeſſionem, jubere cavere prætoria ſtipulatione, in poſſeſſionem mittere, mixto imperio, an juriſdictioni adſcribenda?

Duplicis in argumento de Juriſdictione fit imperii mentio, meri & non meri ſive mixti. Merum imperium definitore Ulpiano, eſt poteſtas gladii ad animadvertendum in facinoroſos *l.* 3. *ff. de juriſd.* cui deſcriptioni ſi addideris, *vel cujuſvis alterius gravioris coërcitionis.* ex *l.* 6. *pr. ff. de offic. proc. l. nemo poteſt.* 90. *de reg. jur.* plena erit & perfecta definitio. Quippe nihil aliud eſt merum imperium, quam jus animadvertendi in reos criminum, ſive capite plectendi ſint, ſive tollendi è numero civium

Digitized by Google

ſervitute pœnæ, deportatione, ſive relegandi fuſtigandive. Hoc imperium dicitur merum, quia purum & per ſe ſolum eſt, alterius rei mixturam non habens, ſicut dicimus merum jus gentium, quod non eſt mixtum cum præceptis civilibus. *l. bona fides. 31. ff. de poſ.* meram donationem, id eſt, puram & ſimplicem. *l. Aquilius. 27. ff. de donat.* merum vinum, quod aqua non eſt dilutum, & ſimilia. Eſt autem hoc nomen huic imperio inditum, quia eſt & aliud imperii genus, quod noſtri non merum aut mixtum vocant, propterea quod juriſdictioni cohæret, ſubſervit, ineſt, conſiſtens in modica coërcitione; id eſt, executione decretorum & pronuntiatorum in cauſis civilibus; cum merum illud à juriſdictione ſit ſeparatum, & circa criminum animadverſionem verſetur. *l. 1. in fin. l. ult. §. 1. ff. de offic. ejus. &c. l. 3. ff. de juriſd.* Igitur mixtum imperium eſt poteſtas cohærens juriſdictioni comparata ad eam tuendam atque explicandam. Cur mixtum vocetur, ex iis, quæ modo dicta ſunt, intelligi poteſt, nimirum quia conjunctum & unitum eſt cum juriſdictione, ejuſque inſeparabile adjunctum: ſiquidem hæc duo, juriſdictio & mixtum imperium, ratione perſonæ, cui competunt, indiſſolubili vinculo inter ſe copulata & nexa ſunt, ita ut alterum ab altero divelli non poſſit: nam ſicut magiſtratus eſſe non poteſt ſine juriſdictione; ita nec ſine imperio aliquo, quo juriſdictionem ſuam tueatur, ratumque efficiat, quod ſtatuit aut decrevit. *d. l. ult.* §. 1. Cæterum etſi imperium hoc ita, ut diximus, conjunctum atque unitum eſt cum juriſdictione, ut ab ea ſejungi non poſſit, nihilominus, tamen, ut nominibus diſtincta ſunt, ita & reipſa ſunt diverſa, actuſque juriſdictionis & imperii diſtincti, ut neque quod juriſdictionis eſt, imperio; neque quod imperii, juriſdictioni attribui debeat. Diverſa hæc eſſe patet cum ex eo, quod mandata juriſdictione etiam hoc imperium ſimul tranſire dicitur, tanquam conſequens juriſdictionis

ctionis eique perpetuò cohærens. *d. l. 1. in fin. & d. l. ult. §. 1. de offic. ejus. &c.* tum quod definitur modica coërcitio, qua magiſtratus juriſdictionem ſuam tuetur, & quæ decrevit, exequitur *d. l. ult.* §. 1. Jam verò quod ſimul cum juriſdictione tranſit, quod juriſdictionis tuendæ gratia comparatum eſt, id utique non eſt idem cum juriſdictione, ſed aliquid ab ea diverſum. Actuum quoque diverſitas conſpicua eſt, & facile dignoſci poteſt. Nam cauſam cognoſcere, ſententiam dicere, decernere, ſtatuere, juriſdictionis ſunt, non imperii: ſententiam, decreta, ſtatuta, juſſa exequi manu militari, captis pignoribus, aut multa exacta, imperii, non juriſdictionis. Et utique cum imperium, quod omnes fatentur, conſiſtat in executione; neceſſe eſt, ut actus aliquis juriſdictionis præcedat, quem ſequatur actus imperii, ſi ei, quod vi juriſdictionis ſtatutum aut decretum eſt, non pareatur. Ac proinde qui decreta & juſſa magiſtratuum imperii eſſe ſtatuunt, veluti jubere cavere prætoria ſtipulatione, in poſſeſſionem mittere, apertè ſibi contradicunt, dum ajunt, imperium eſſe coërcitionem, cohærentem juriſdictioni, ut nervos habeat, illudque poſitum eſſe in executione; ut *Coraſ. 3. miſc. 17. Duar. de juriſd. c. 7. Donel. 17. com. 6. Vaud. 2. quæſt. 35. Fachin. 2. contr. 95. Scipio Gentil. 1. de juriſd. c. 3.*

Accedamus jam ad diſquiſitionem problematis noſtri, & videamus, utrum dare bonorum poſſeſſionem, jubere cavere prætoria ſtipulatione, in poſſeſſionem mittere, mixto imperio adſcribenda ſint, an juriſdictioni? Imperio attribui non poſſunt. Nam, ut de bonorum poſſeſſione primum dicam, nullus in ea danda præcedit actus juriſdictionis, quem prætor eam dando defendat, neminem coërcet, neminem multat. Quod ſi dicat aliquis, præcedere ſaltem cognitionem aliquam, is cogitet, nullam eſſe ſententiam, quam non præcedat cauſæ cognitio. Quis autem in numero eorum, quæ mixti imperii ſunt, po-

ſuit

ſuit unquam ſententiam dicere, eum unde petitur, abſolvere aut condemnare? Jus dicendæ ſententiæ etiam pedanei judices habent, quorum tamen nec propriè juriſdictio eſt, ſed nuda duntaxat notio, id eſt, cognoſcendi & judicandi facultas ſine exequendi poteſtate. *l. 5. l. à div. 15. ff. de re jud.* Relinquitur ergo ut dicamus bonorum poſſeſſionem dare, actum eſſe juriſdictionis, non mixti imperii. Atque hoc ipſum ex eo quoque manifeſtè evincitur, quod jus omne, quod in danda bonorum poſſeſſione conſiſtit, introductum eſt juris veteris tum emendandi tum confirmandi gratia, teſte Juſtiniano in *pr. Inſt. de bon. poſſ.* correctio autem juris civilis, temperatio, confirmatio non ab imperio aliquo propriè dicto, ſed à juriſdictione Prætoris veniunt, unde ſcilicet omnia edicta proficiſcuntur; quod & nominatim de bonorum poſſeſſionibus teſtatur idem Imperator in *pr. §. 2. Inſt. d. tit.* Quapropter ſic omnino habendum eſt, cum prætor alicui bonorum poſſeſſionem dat, aut ſi opus eſt, cauſa cognita pro tribunali decernit. *l. 2. §. 1. quis ord. in bon poſſ.* hunc actum non eſſe mixti imperii, ſed intra terminos conſiſtere juriſdictionis. At enimvero ſi ex ſolo decreto bonorum poſſeſſio obtineri nequeat, hic jam Prætor utetur imperio, vique adhibita quod decrevit, exequetur, & coërcebit obnitentes. *Fac. l. 3. in pr. ff. ne vis fiat ei, qui in poſſ.*

Sed huic ſententiæ objicitur locus Ulpiani in *l. 3. ff. de juriſd.* ubi diſertè juriſconſultus ait, mixti imperii eſſe, dare bonorum poſſeſſionem, ſic enim hic locus vulgo, atque in ipſo quoque codice Piſano legitur; *Mixtum imperium eſt, cui etiam juriſdictio ineſt, quod in danda bonorum poſſeſſione conſiſtat. Iuriſdictio eſt etiam judicis dandi licentia.* Non auderem aſſerere locum iſtum corruptum eſſe, niſi me moveret ſummorum virorum auctoritas, & præcipue

pue manifeſti juris ratio. Quid igitur; non dubito, quin lectio iſtius loci ſit vitioſa, & vel cum Antonio Goveano ad hanc *leg. n.* 34. legendum: *Mixtum imperium eſt, cui etiam juriſdictio ineſt. Quod in danda bonorum poſſeßione conſiſtit, juriſdictio eſt, Iuriſdictio eſt etiam judicis dandi licentia.* Nullum enim in veteribus libris frequentius mendum eſt, quam iterati verbi omiſſio. Vel cum Ant. Fabro *lib. 4. conject.* 4. pro *quod* ſubſtituendum *qua*, hoc modo, *cui etiam juriſdictio ineſt, quæ in danda bonorum poſſeſsione conſiſtit.* Nam ex utriuſque ſyllabæ ſimilitudine facile error naſci potuit: & quod caput eſt, verba ſequentia, *juriſdictio eſt etiam*, &c. evidenter oſtendunt, prius à jureconſulto prolatum eſſe exemplum juriſdictionis. Hotomannus *lib. 7. obſ.* 16. etiam pro his verbis, cui juriſdictio ineſt, mavult legi, quod juriſdictioni ineſt, non equidem abſque ratione: nam proprie juriſdictio non ineſt, non accedit, ſubſervit imperio, ſed hoc illi. *l. 1. in fin. l. ultim.* §. 1. *ff. de offic. ejus.* cæterum non ſemper & ubique æque accurate ipſi veteres loquuntur.

Sed quid jubere cavere prætoria ſtipulatione & in poſſeſſionem mittere? Ne hæc quidem mixto imperio adſcribi poſſe ſuperioribus conſequens eſt. Etenim cum prætor cavere jubet, verbi cauſa, damni infecti nomine, & ſi non caveatur, decernit miſſionem in poſſeſſionem rei, de qua damnum timetur, id vi juriſdictionis ſuæ facit, non imperii, haud ſecus ac ſi judex in actione arbitraria aut bonæ fidei jubeat rem petitam reſtitui aut exhiberi, & ſi juſſui ejus non pareatur, contumacem condemnet, quanti adverſarius in litem juraverit. Quid quod aperte apud Pomponium ſcriptum eſt, ſtipulationes prætorias omnes & ædilitias à juriſdictione venire. *l.* 5 *pr. ff. de verb. oblig.* Enimvero ſi ex decreto miſſus non admittatur, ſi vis ei fiat, hic jam ſuccedunt partes imperii, quod mixtum appellatur, cujus vi decre-

tum

tum ſuum prætor manu miniſtrorum exequitur *l. 3. ff. ne vis fiat ei, qui in poſſeſſ.*

Movere neminem debet, quod apud Ulpianum *l. 4. ff. de juriſd.* & Paulum *l. ea quæ. 26. ff. ad municipal.* legimus, jubere cavere prætoria ſtipulatione, in poſſeſſionem mittere, imperii magis eſſe, quam juriſdictionis. Nam verbo imperii iſtis locis non ſignificatur imperium mixtum, de quo hic agimus: alioqui dicere debuiſſent juriſconſulti, iſta non eſſe juriſdictionis, ſed imperii mixti: cum vero dicant iſta magis eſſe imperii, quam juriſdictionis, utique fatentur eſſe juriſdictionis, ſed hoc ſignificant eſſe hæc juriſdictionis cujuſdam eminentioris, atque ut Goveanus loquitur, magis imperioſæ, quam juridicæ: in qua ſcilicet majorum magiſtratuum, hoc eſt, eorum, qui tribunali præſunt, poteſtas reſplendeat: minores enim magiſtratus, quales erant magiſtratus omnes municipales, ea quæ excellentioris hujus juriſdictionis ſunt, exercere non poſſe. *d. l. 26. pr. ad municip.* unde alibi eodem intuitu hi magiſtratus dicuntur eſſe ſine imperio. *l. nec magiſtratus. 32. in fin. ff. de injur.* cum tamen mixtum imperium conjunctum cum juriſdictione ſua habeant, *arg. l. ult. §. de off. ejus l. 2. ff. de juriſd.* & utique juriſdictionem ſuam captis pignoribus tueri poſſint. *l. quemadmodum. 29. §. pen. ff. ad leg. Aquil. l. 3. §. 1. ff. de reb. cor. qui ſub. tut.* Numeratur inter ea, quæ imperii magis, quam juriſdictionis ſunt, & quæ, ob id magiſtratus inferiores facere non poſſunt, etiam reſtitutio in integrum. *d. l. 26. §. 1. ff. ad munic.* At nec in integrum reſtituere mixti imperii actus eſt: ſed ſpecies ſplendidioris illius, quam dixi, juriſdictionis. quæ enim hic coërcitio? aut quis dixerit, reſtitutionem in integrum cohærere, ineſſe, ſervire juriſdictioni, ejuſque explicandæ cauſa comparatam eſſe? Ejuſdem generis eſt & cognitio de ſuſpectis tutoribus. *l. 5. § ſuſpecti. 11. ad ſenat. Turpil.* ubi juriſ-

riſconſultus ait, ſuſpecti tutoris accuſationem pro tribunali tantum examinari poſſe, nullumque alium quam præſidem, de hujuſmodi quæſtione poſſe pronuntiare. An quia hoc mixti eſt imperii? minime: nam & magiſtratus municipales mixtum imperium habent, ut paulo ante oſtenſum: ſed quia eſt excelſæ cujuſdam & nobiliſſimæ juriſdictionis, quam ſoli habent magiſtratus majores, & quam imperii nomine paſſim veteres deſignant. *l. 8. & l. ult. ff. de offic. proconſ. l. 3. ff. de offic. ejus, &c. l. 2. ff. de adopt l. 12. §. 1. ff. de judic. l. juris gentium. 7. §. ſi paciſcar. 14. ff. de pact. l. quod juſſit. 14. ff. de re jud.* quibus omnibus locis nomen imperii eminenti huic juriſdictioni tribuitur, eoque nomine ſignificatur excellens quædam poteſtas majorum magiſtratuum, ſed talis tamen, quæ poſita ſit in jure dicundo, & intra terminos juriſdictionis conſiſtat.

Quidam cum hinc ſe expedire alia ratione non poſſent, duo genera mixti imperii commenti ſunt: unum, quod ſubſerviat & cohæreat juriſdictioni, comparatum juriſdictionis contentioſæ defendendæ & exequendæ gratia: alterum, cui inſit, & tanquam principali accedat atque ancilletur juriſdictio: cujus generis eſſe putant ea, quæ magis imperii, quam juriſdictionis eſſe dicuntur: ideo nempe, quia ut ajunt, ſicut in priore ſpecie juriſdictio, ita in poſteriore magis eminet imperium ita *Baro in l. ult. ff. de offic. ejus. Muſcorn. de juriſd. n. 143. Bocer. c. 4. n. 18. Obrecht. cap. 12. n. 25 Oſrv. Hillig ad Don. lib. 17. comm. 8.* Sed toto eos errare judicio, ea, quæ ſupra diximus, manifeſte oſtendunt. Nullum enim eſt imperium mixtum, ac ne excogitari quidem cum aliquo colore poteſt, quod per ſe ſubſiſtat, cui accedat & famuletur juriſdictio: ſed omne accedit & ſervit juriſdictioni, cum omne poſitum ſit in aliqua coërcitione, comparata ad juriſdictionem tuendam atque expediendam. Ita poſt Longovallium *Goveanus*

nus & Ant. Faber, ubi ſup. & ad d. l. 1. in rational. Bachov. ad tit. ff. de juriſd. c. de mixt. imp. atque hæc quoque ſententia, ut eſt ſimpliciſſima, ita & veriſſima nobis videtur, & dudum viſa eſt, *tract. de juriſd. c. 7.*

CAP. IV.

An prorogatio juriſdictionis de loco ad locum & de tempore ad tempus, ex ratione juris noſtri defendi queat?

CERTI atque explorati juris eſt, non ſolum eum, qui juriſdictionem habet, eam poſſe mandare alteri, dummodo eam habeat ſuo jure, non alieno beneficio. *l. 5. ff. de juriſd.* id eſt, modo propriam habeat, non mandatum ab alio: verum etiam juriſdictionem, quam quis vel proprio jure, vel mandatam habet, conſenſu partium poſſe ei ipſi prorogari: ut jam vi hujus prorogationis jus dicere poſſit inter eos, qui jure publico juriſdictioni ejus non ſunt ſubjecti, aut de ſumma ordinaria ejus cognitione majore. Et hoc eſt, quod Ulpianus ait *l. 1. ff. de judic. Si ſe ſubjiciant aliqui juriſdictioni & conſentiant, in conſentientes cujuſvis judicis, qui tribunali præeſt, aut aliam juriſdictionem habet, eſt juriſdictio.* & huc fac. *l. eſt receptum. 14. l. ſi convenerit. 18. ff. de juriſd. l. 2. pr. & §. 1. l. de qua re. 74. §. 1. ff. de judic.* Doctores noſtri fere quadruplicem faciunt juriſdictionis prorogandæ modum; de perſona ad perſonam; de re ad rem, ſeu quantitate ad quantitatem; de loco ad locum; de tempore ad tempus. Ex quibus modi duo priores certo jure nituntur. *l. eſt receptum. 14. & l. ſeq. l. ſi convenerit. 18. ff. de juriſd. l. 1. l. 2. ff. de judic. l. 1. l. 3. C. de juriſd. l. de qua re. 74. §. 1. ff. de judic. l. inter convenientes. 28. ff. ad municipal.* ſed de tertio & quarto prorogandi juriſdictionem modo, ſcilicet de loco ad locum, & de tempore ad tempus, non ſine cauſa quidam dubitant, an

jure

jure noſtro recepti ſint. Quod attinet ad illud de loco ad locum, quæſtio in eo poſita, an ita de loco ad locum juriſdictio prorogari poſſit, ut virtute hujus prorogationis etiam extra territorium juris dicundi poteſtas acquiratur ei, cujus juriſdictio ſic prorogata eſt? verbi cauſa, an judex Mutinenſis, quo exemplo vulgo utuntur, vi prorogatæ ſibi juriſdictionis eam Bononiæ exercere queat? Affirmat quidem id Zaſ. in *l. pen. ff. de juſt. & jur. n. 25. & DD. comm. in l. ult. ff. de juriſd.* qui & porro quærunt, an hic præciſe requiratur expreſſus conſenſus partium, & an etiam neceſſarius ſit conſenſus judicis illius loci, ſeu expreſſus, ſeu ſaltem tacitus? Sed ſi evincimus talem de loco ad locum juriſdictionis prorogationem veteribus incognitam, & rationi juris noſtri minime conſentaneam eſſe, omnis de ea re diſputatio ſupervacua futura eſt. Alienam eſſe à ratione juris Romani primus oſtendere tentavit Bartolus in *l. 2. ff. de judic. in pr. n. 7.* Idem poſt eum fecit & Baldus in *d. l. n. 7.* & poſt hunc *Salit. in l. 1. C. de juriſd. n. 5.* Nos etiam invictis argumentis id verum eſſe luculenter demonſtrabimus.

Primum illud extra omnem controverſiam poſitum eſt, magiſtratus omnes in ſuo duntaxat territorio juris dicundi poteſtatem habere, extra locum territorii ſui privatos eſſe, eorumque jure cenſeri. *l. 3. ff. de off. præſid. l. ult. ff. de juriſd.* At privato ſeu ei, qui nulli judicio præeſt, tribui juriſdictio conſenſu litigantium non poteſt. *l. 1. ff. de judic. l. 3. C. de juriſd.* Alexander in *d. l. ult.* ſubtilem agit, dum ait judicem habere juriſdictionem in habitu, eamque circumferre, ubicunque locorum ſit. Mihi vero valde inſubtilis & inepta videtur illa Alexandri juriſdictionis cum habitu comparatio: cum habitus ſit qualitas & vis animi longo uſu & crebris actionibus parta è ſubjecto ægrè mobilis: juriſdictio autem jus quoddam & poteſtas in ſubjectos

jectos

jectos cives publicè tributa certos terminos ac limites ſuos habens, tum ratione durationis, tum ratione loci. Itaque juriſdictio eſt objectum ſeu materia, circa quam magiſtratus verſatur & occupatur, ſed in ſuo duntaxat territorio: magiſtratus adjunctum occupatum juriſdictionis, ſed ita limitatæ: ſicut Imperator eſt adjunctum occupatum totius imperii, quatenus ſcilicet circa imperii adminiſtrationem verſatur. Atqui, inquies, certum eſt poſſe magiſtratum etiam extra territorium ſuum exercere actus juriſdictionis voluntariæ; poſſunt enim & manumiſſiones & adoptiones & emancipationes fieri apud proconſulem & præſidem ſtatim atque urbem egreſſi ſunt, antequam ingreſſi ſint provinciam ſuam *l. 2. ff. de off. proconſ. l. apud 17. ff. de manuum vind.* Reſpondemus ex eo, quod actus voluntariæ juriſdictionis etiam extra territorium jus dicentis expediri poſſunt, male inferri, poſſe in volentes & conſentientes quoque extra fines ſuos extendi juriſdictionem contentioſam. Non enim ex voluntate aut prorogatione privatorum eſt, quod Juriſdictio voluntaria ubique exerceri poteſt, ſed ex natura ipſius juriſdictionis: quippe quæ exercetur in volentes & conſentientes, nec aliter exerceri poteſt; quod ſi extra provinciam jus dicentis id fiat, τυχηρόν τι & fortuitum eſt. Ut ecce, ſi quis forte filium adoptaverit apud proconſulem nondum ingreſſum provinciam ſuam, is non poteſt dici prorogaſſe juriſdictionem proconſulis, non magis quam ſi apud provinciam jam ingreſſum adoptaſſet. Contentioſæ autem juriſdictionis eadem manet natura, nec ex prorogatione induit naturam voluntariæ. Sed nec omnia, quæ ad voluntariam juriſdictionem pertinent, extra territorium explicari poſſunt, imò nulla ex iis, quæ cauſæ cognitionem & decretum magiſtratus deſiderant, qualia ſunt tranſactio de alimentis teſtamento relictis, prædiorum minoris alienatio, adrogatio

Digitized by Google

tio impuberis, &c. *l.* 8. §. *vult. igitur.* 8. *ff. de tranſact. l.* 1. *ff. de reb. eor. qui ſub tut.* §. 3. *Inſtit. de adopt. cum ſimil.* His accedit & illud, quod ubi ſemel ex conſenſu partium juriſdictio prorogata eſt, ea etiam in invitos exerceatur: quod tamen in alieno territorio fieri non poſſe apud omnes in confeſſo eſt. Quod ſi ea vis eſſet juriſdictionis prorogatæ, ad eam ex prorogatione in alieno exercendam non opus eſſet conſenſu judicis territorii; utpote qui nec alteri juriſdictionem tribuere, nec eam ſibi adimere poteſt. Non obſtat *c. ſtatutum.* §. *in nullo de reſcript. in* 6. nam illic ſermo eſt de delegato Pontificis, quem tanquam delegatum Principis, conſtat ubique jus dicere poſſe, etiam extra civitatem ſeu diœceſin, in quibus deputatus eſt, modo expreſſus partium ad id accedat conſenſus, quod etiam eodem loco à Bonifacio Octavo diſertè requiritur.

Quinimò nec illud abſolute admittendum videtur, poſſe juriſdictionem judicis ita prorogari, ut quolibet in loco ſui ipſius territorii jus dicat. Etenim quæ cauſæ cognitionem deſiderant & decretum magiſtratus, ea pro tribunali tractanda ſunt, atque eo in loco, ubi ſalva publica majeſtate ſervatoque more majorum jus reddi poteſt & ſolet. *l. pen. ff. de juſt. & jur. l.* 4. *C. de dilat.* quæ res cum ad publicum decus ſpectet, pactis privatorum mutari non poteſt. *l. neque ex prætorio.* 27. *ff. de reg. jur.* neque efficere, ut quod alibi judicatum aut decretum eſt, auctoritatem judicati habeat. *arg. l.* 4. *C. quomod. & quand. jud.* quo etiam pertinet, quod apud Ulpianum legimus, quæcunque cauſæ cognitionem deſiderant, ea per libellum ſive de plano expediri non poſſe. *l. nec quicquam.* 9. §. 1. *ff. de off. procons.* Atque hoc ipſum etiam à Mario Salomonio contra Guliel. Cuman. Bart. & Baldum pridem obſervatum eſt in *l. pen. ff. de juſt. & jure* Arreſto quoque Curiæ Pariſienſis. *anni* 1539. 2. *Septemb.* continetur

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE
Digitized by Google

tur ut & expenſarum taxationes in auditorio & loco, ubi more majorum jus reddi ſolet, fiant, teſte Coſtal. *ad d. l. pen.* Quod autem prætor non conſtringitur uno in loco jus reddere, ſed ipſi permittitur pro arbitrio ſuo locum conſtituere, ubi jus dicat *d. l. pen.* id non habet hanc ſententiam, poſſe prætorem ubivis etiam domi ſuæ aut itinere quacunque de cauſa jus dicere, ſed poſſe prætorem unum ex pluribus tribunalibus (nam in baſilicis, ubi jus reddebatur, multa erant tribunalia) unum juris dicundi gratia eligere, id quod hic verbis, ubicunque prætor ſalva majeſtate imperii ſui, ſalvoque more majorum jus dicere conſtituit, juriſconſultum ſignificare omnino credibile eſt. Plane quæ citra cauſæ cognitionem expediuntur, item præparatoria judicii, interrogationes, &c. poſſunt quidem illa alio quoque loco à magiſtratu aut judice tractari, & vel domi ſella poſita vel in itinere, *l.4. §. 1. ff. de interrog. in jur. fact.* ſed poſſunt etiam citra partium conſenſum, nimirum ubi prætori viſum fuerit. Quapropter, ut tandem concludamus, dicendum eſt, nullam ex ratione juris noſtri eſſe de loco ad locum juriſdictionis prorogationem.

Videamus nunc, an illa de tempore ad tempus prorogandæ juriſdictionis ſpecies, quæ ex quatuor illis, quæ vulgo Doctores ponunt, poſtrema eſt, juris noſtri conditoribus cognita ſit. Et quidem, qui juriſdictionem de loco ad locum rectè prorogari ſtatuunt, argumentum ſumunt ab hoc de tempore ad tempus prorogandi modo, quaſi extra omnem controverſiam poſitum ſit, poſſe juriſdictionem de tempore ad tempus prorogari, *per. l. 2. §. 2. ff. de judic.* Ego vero nec hanc ſpeciem veteribus cognitam aut uſurpatam intrepide aſſero, eoſque, qui contra ſentiunt, fruſtra ſententiæ ſuæ firmamentum quærere in *d. l 2. §. ff. de judic.* Nam textus ille ad nullam omnino juriſdictionis prorogan-

dæ

Digitized by Google

dæ formam pertinet, ſed tantum loquitur ibi Ulpianus de prorogando tempore, intra quod judex datus, qui nudam duntaxat notionem, non juriſdictionem habet. *l. 5. ff. d. re judic.* juſſus eſt litem aliquam ſibi commiſſam dirimere. Hoc tempus cum ſolo partium favore intelligatur adjectum, etiam earundem expreſſo conſenſu prorogari poſſe rationis eſt, utique ſi & ipſe judex ad tempus à Prætore datus conſentiat: utrumque enim in hac prorogatione temporis exigitur. *d. l. 2. §. 2.* ne videlicet judex ſine conſenſu ſuo à privatis gravetur onere judicandi. In prorogatione autem juriſdictionis non aliorum conſenſus, quam ipſorum litigatorum deſideratur, ac ne ejus quidem, cujus prorogatur juriſdictio, nec denique judicis ordinarii & competentis, utpote cui nihil hic adimitur. *d. l. 2. §. 1. ff. de judic. Vult. 17. l. 1. c. de juriſd. n.* 66. Illud autem longè diſſimile eſt, quod Julianus ſcribit *l. de qua re. 74. §. 1. ff. de judic.* judicem, qui uſque ad certam ſummam judicare juſſus eſt, etiam de re majori judicare poſſe, ſi inter litigatores conveniat: hoc enim neque ad prorogationem de loco ad locum, neque ad prorogationem de tempore ad tempus, quæ interpretum commenta ſunt, pertinet, ſed ad ſecundam prorogandæ juriſdictionis formam, de re ſcilicet ad rem, quæ non minus, quam prima illa & notiſſima, de perſona ad perſonam, certo jure recepta eſt, ut ſupra demonſtravimus. Neque Juliano illic ſermo eſt de ſimplici aut pedaneo judice, ut in *d. l. 2. §. 2. & paſſim. ff. de judic.* cui ſcilicet una aliqua cauſa committi ſolebat præſcripta formula & reſervata danti poteſtate exequendi. *l. à Divo 15. ff. de re jud.* ſed de judice publice conſtituto non ad unam aliquam litem, ſed generaliter ad omnes cauſas, quæ quandoque incidere poſſunt, terminandas uſque ad certam ſummam; ac proinde de eo, qui juriſdictionem habeat & magiſtratus ſit,

fac.

fac. *l. inter convenientes.* 8. *ff. ad municip.* Illud probandum erat, poſſe magiſtratus annui juriſdictionem conſenſu litigantium ita prorogari, ut etiam finito magiſtratu & adhuc poſt annum inter conſentientes jus dicere poſſit: quod nunquam oſtendent. Imo vero etſi oſtenderent, nondum tamen hoc evincerent, poſſe ob id etiam de loco ad locum juriſdictionem prorogari. Licet enim interdum tempus & locus comparentur. *l. vinum.* 22. *ff. de reb. cred. l. ſi ſoluturus.* 39. *ff. de ſolut.* neminem tamen credo tam eſſe infantem in arte diſſerendi, ut ex eo effici putet, quodcunque in uno ſtatutum eſt, id continuo ad aliud quoque transferendum eſſe, cum ſint plane diverſa, & prorogatio temporis privatam litigantium utilitatem reſpiciat, loci publicum decus. Nec igitur prorogationis de tempore ad tempus ullus apud veteres uſus fuiſſe videtur extra ſpeciem *d. l* 2. §. 2. *ff. de jud.* ubi non juriſdictio annui magiſtratus, ſed nuda notio judicis ad tempus dati conſenſu partium & ipſius quoque judicis prorogata proponitur. *add. Ant Fab. ad d. l.* 2. § 2. *in rational.* quo etiam loco non ſine ratione clauſulam illam *d.* §. 2. *niſi ſpecialiter principali juſſione prorogatio fuerit inhibita*, Triboniano adſcribit. Quis enim alius ita loqueretur, *juſſione prorogationem inhiberi*, aut *inhibitione juberi*? Adde, quod inſolens eſt ad tempus à Principe judicem dari, aut ad tempus à magiſtratu dati notionis inhibere prorogationem. Sed hæc ἐν παρόδῳ

CAP. V.

In jus vocatio an ſit pars judicii propriè dicti?

PROCESSUS judiciarii quatuor ſunt partes, quarum ordinem & progreſſum natura ipſa oſtendit, in jus vocatio, litis conteſtatio, cauſæ cognitio, ſententia. Additur & quinta, ſententiæ exe-

executio, quæ tamen ab ordine, quo ad eam pervenitur, ſecerni poteſt; nec ſemper neceſſaria eſt, ſed tunc ſolummodo, quando condemnatus ſententiæ judicis ultro non paret. Prima igitur ordinis judiciarii pars eſt in jus vocatio: nam ab hac parte edicti omnium actionum inſtituendarum initium proficiſcitur §. *ult. Inſt. de pœn. tem. litig.* hoc eſt, qui cum aliquo judicio contendere inſtituit, is ante omnia adverſarium ſuum in jus vocare debet, id eſt, ad eum vocare, qui jus dicturus ſit, juris experiundi gratia *d.* §. *ult. junct. l.* 1. *ff. de in jus voc.* eique actionem edere, quo is ſecum interim deliberet, utrum cedere malit, an judicio contendere; & ſi contendendum putet, ut veniat inſtructus. *l.* 1. *ff. de edend. auth. offeratur. C. de lit. conteſt.* Unde intelligimus hunc actum omnino neceſſarium eſſe, eoque omiſſo nihil cognoſci, nihil ſtatui poſſe: & ſi contra factum ſit, id pro infecto habendum, nec rei judicatæ auctoritatem obtinere, fac. *lib.* 4. *C. de ſent. & interloc.* & merito: quoniam ſic deficit una ex perſonis, quæ ad conſtitutionem judicii neceſſario requiruntur: neque judex contra jus naturale & divinum reum privare debet defenſione, quæ naturalis eſt. *Clem. paſtoralis. de re jud. Gail.* 1. *obſ.* 48. Nonnulli & partem judicii eſſe contendunt: ſed hoc alii & plures negant: quoniam judicium non ante cœptum dicitur, quam lis eſt conteſtata. *l. amplius.* 15. *ff. rat. rem hab. l. un. C. de lit. conteſt. Gail. d. obſ.* 48. *VVeſemb. par. de jud. num.* 6. Diſſidium haud difficile compoſitu. Nam aut vocem judicii latius accipimus pro toto litis tractu ab in jus vocatione uſque ad executionem, quæ proceſſus judiciarii eſt pars ultima, aut preſſius, ut ea tantum contineat, quæ olim apud judices pedaneos expediebantur, nempe pro progreſſu judicii à lite conteſtata uſque ad ſententiam, qui inſtantia dici ſolet. Priore ſenſu non minus in jus vocatio

B pro-

Digitized by Google

proprie & vere pars judicii eſt, quam litis conteſtatio, cauſa cognitio, &c. unde ea quoque, quæ apud magiſtratum in jure fiunt, dicuntur in judicio fieri. *paſſim. tit. ff. de interrog. in jur. fac. l. 2. §. 2. ff. qui ſatiſd. cog. l. 1. §. pen. & ult. ff. de admin. tut. l. ult. ff. ſi quis in jus voc.* Poſteriore proprie judicii pars non eſt, ſed tantum principium & præparatio judicii inſtituendi, neque enim proprie aut judex aut judicium ullum eſſe intelligitur, antequam lis ſit conteſtata. *d. l. un. C. lit. conteſt.*

Sed hic nobis occurritur primum ex eo, quod in jus vocatio operetur præventionem, id eſt, ſi quis poſtea quam in jus vocatus eſt, alterius fori eſſe cœperit, puta mutatione domicilii, aut privilegio proprii judicis quæſito, is in ea cauſa jus forum revocandi non habeat, quaſi vocatione præventus. *l. 7. ff. de judic. c. propoſuiſti. ext. de for. compet.* Unde dicendum videtur in jus vocationem etiam judicii proprie dicti partem eſſe, & judicium cœptum intelligi, ſimulatque reus in jus vocatus eſt. *per l. ubi acceptum. ff. de judic.* Reſpondeo etiam ſi hic effectus eſt in jus vocationis, ut reus, licet poſtea alterius fori eſſe cœperit, litem apud eum, ad quem vocatus eſt, porro conteſtari & cauſam in judicium deducere debeat, ex eo tamen non ſequitur in jus vocationem partem eſſe judicii, aut judicium jam eſſe cœptum, voce judicii ſtricte ſumpta. Nam judicio cœpto, ne actor quidem conſilium mutare, & ad novum judicem reum vocare poteſt. ita capite *d. l. ubi acceptum. 30. l. ſi is. 34. ff. de judic.* At in ſpecie propoſita, quidni liceat actori ante litem conteſtatam conſilium mutare, reumque convenire in foro recens quæſito. *arg. l. ſi quis. 112. ff. de verb. oblig.* Nam utique reo competere non poteſt exceptio præventionis, qui non prævenit, ſed præventus eſt. Litis autem pendentiæ exceptio competit demum poſt litem conteſtatam: & tunc actor

etiam

Digitized by Google

etiam invitus in judicio retineri poteſt, poteritque reus ipſi actori volenti cauſam ad forum recenter quæſitum trahere, exceptionem opponere litis pendentiæ. Adde quod judicii inchoati etiam hæc vis eſt, ut actorem mutuæ petitioni rei obnoxium reddat, quam mutuam petitionem pragmatici nunc reconventionem vocant. *l. qui non. 22. ff. de judic. l. cum Papinianus 14. cum auth. & conſequenter. C. de ſent. & interloc.*

Secundo objicitur, quod jure noviſſimo in actionibus realibus per ſolam citationem vel libelli oblationem principi factam & judici inſinuatam, & per eum futuro reo cognitam res fit litigioſa, *auth. litigioſa, & ibi DD. C. de litigioſ.* Ex quo non malè inferri videtur, jure Novellarum judicium cœptum intelligi, ſaltem in actionibus in rem, ſtatim atque reus in jus vocatus eſt. Et porro cum jure Canonico hoc generale cenſeatur, ut ſcilicet tam in actionibus perſonalibus, quam realibus per inſinuationem citationis res vitio litigioſi afficiatur. *Clem. 2. ut lit. pend. nihil innov.* ex eo utique hujus juris intuitu judicium à citatione inchoari rectè colligi putatur. per *c. gratum. de offic. deleg.* Reſpondeo ne hæc quidem collectio firma eſt: neque enim ex eo, quod placuit rem per citationem fieri litigioſam, ut ea poſtea alienata vel pignerata emptori vel creditori obſtet exceptio litigioſi, ſequitur protinus judicium eſſe cœptum: non magis quam ex eo, quod citatio operatur præventionem, quod perpetuat juriſdictionem delegati, de quo in *d. c. gratum.* aut quod ex ſola aditione prætoris effectus prorogationis inducitur. *l. ſi convenerit. 18. de juriſd.* Nam illa effecta judicii cœpti actionum, quæ alias tempore aut morte perituræ erant, judicio ſemel incluſarum perpetuatio, fructuum in ſtrictis judiciis poſt acceptum judicium præſtatio, exceptionum dilatoriarum excluſio, &c. non ſunt effecta in jus vocationis, ſeu citationis, ut nunc paſ-

ſim loquuntur, ſed manent adhuc propria litis conteſtationis, utpote per quam demum res in judicium deducitur & cognitioni judicis ſubjicitur. *l. un. C. de lit. conteſt.*

CAP. VI.

An pactum unius ex correis debendi aut credendi alteri proſit, aut noceat?

EXplorati juris eſt, neminem ſua pactione alteri nocere poſſe? ac ne ei quidem, cujus eſt in poteſtate. *l. ſi tibi.* 17. §. *pen. l. ſi unus.* 27. §. 4. *verſ. ante omnia. l. contra juris.* 28. §. 2. *l. ult. ff. de pact.* in tantum, ut ne quidem procurator omnium bonorum poſſis actionem domini gratis remittere. *d. l.* 28. §. 2. ex quo loco temperandi textus in *l.* 12. & *l.* 14. *ff. eod. per l.* 12. *C. de tranſact. l. pactum curatoris.* 22. *C. de pact.* Sed nec pactione noſtra alteri, cujus juri ſubjecti non ſumus, aut cujus rebus adminiſtrandis non ſumus præpoſiti, poſſumus prodeſſe, ut inde aut actio aut exceptio ei acquiratur. *l. ſtipulatio.* 38. §. *alteri.* 17. *ff. de verb. oblig. l.* 11. *ff. de oblig. & act. l. quo tutelæ.* 73. §. *ult. de reg. jur.* Hinc eſt, quod nec pactum fidejuſſoris proſit reo principali. *l. fidejuſſoris. ult. ff. de pact.* quanquam ſi expreſſe convenit, ne à reo quoque petatur, hoc caſu propter connexionem obligationum reo quoque dari exceptionem placuit, non pacti conventi, ſed ſubſidiariam doli. *l. idem in duobus.* 25. §. *ult. & l. ſeq. d. tit.* Quod vero ex contrario placet etiam pactum generale debitoris, ſive in rem factum, fidejuſſori quoque prodeſſe, mirum videri non debet: quippe cum ut fidejuſſori proſit, ipſius quoque debitoris interſit, propter mandati judicium. Nam ſi nulla ſit fidejuſſori mandati actio, verbi gratia, ſi donandi animo fidejuſſor intervenerit, pactum rei fidejuſſori ad exceptionem

nem minime proderit. *l. & hæredi. 21. §. ult. junct. l. quod dictum. 32. eod. tit.*

De pacto unius è duobus reis promittendi aut ſtipulandi quæſitum, an non id ſaltem alteri proſit aut noceat? Et ſiquidem unus ex correis debendi, qui & ſocii ſint, pactus ſit, ne à ſe petatur, quin id pactum cæteris quoque proſit, vix ambigitur, propter regulam *d. l. 21. §. ult. l. 23. in fin. & text. in l. 25. ff. d. t. l. 62. ff. ad leg. Falc.* Nam hic quoque paciſcentis intereſt à ſocio promittendi reo non peti: quia ſi ſolvat, id alteri judicio ſocietatis reputabitur. Obſtat tamen *l. 3. §. 3. ff. de legat.* ubi Julianum reſpondiſſe Ulpianus refert, ſi uni ex correis ſociis liberatio legata ſit, non pacto, ſed per acceptilationem eum liberari debere, ne dum ab altero petitur, alter inquietetur: quibus verbis non obſcure ſignificare videtur pactum unius rei debendi alteri non prodeſſe, licet ſocii ſint. Ego vero nego Julianum ideo requirere, ut in caſu illic propoſito liberatio non pacto, ſed per acceptilationem fiat, quia pactum unius è reis promittendi ſociis alteri non prodeſt, ſed quia non prodeſt ipſo jure. atque ita adhuc fieri poſſet, ut dum actio, quæ ipſo jure ſublata non eſt, adverſus alterum ab herede inſtituitur, is cui liberatio legata, obliquè inquietetur. Hæc eſt ratio cur Juriſconſultus in dicta ſpecie liberationem fieri voluit per eum modum, quo penitus & ipſo jure obligatio perimitur, ut ſcilicet in omnem eventum legatario proſpectum ſit. Quid ergo ſi rei debendi non ſint ſocii, an hic unius pactum alteri non proderit? Puto non prodeſſe: atque ut ita ſentiam, multa me movent. Primum quia hic paciſcentis nihil intereſt à correo ſuo pecuniam non peti: quippe qui, etſi poſtea conventus à communi creditore ſolvat, nullam adverſus eum, qui pactus eſt, actionem habet, ut hic ceſſet regula *d. l. 21. §. ult. ff. de pact.* Secundo movet me lo-

cus Ulpiani in *d.l.3.§.3.ff.de lib.legat.* ubi juriſconſultus ait, alterum ex correis debendi, cui liberatio legata eſt, agendo quidem conſequi poſſe, ut pacto liberetur, ſed non, ut per acceptilationem, ne etiam correo liberatio proſit. Qui locus apertiſſimè ſententiam noſtram confirmat: quid enim apertius ad ejus confirmationem afferri poteſt, quam quod ibi JCtus ait, uno quidem accepto liberato utrumque liberari, pactione autem unius eum duntaxat, qui pactus eſt.

Duo tamen huic ſententiæ objiciuntur. 1. reſponſum Pauli in *l. 25. pr. ff. de pact.* 2. reſcriptum Imperatorum Diocletiani & Maximiani in *l. 2. C. de duob. reis.* In *d.l. 25. pr.* idem, ait Paulus, in duobus reis promittendi & duobus argentariis ſociis. Quid autem hic cum quo idem? an idem quod in conventione fidejuſſoris, quam reo non prodeſſe, niſi fidejuſſor ſit in rem ſuam, idem Paulus in *l.23.pr.& l.24. ff. eod.* reſpondit? Minimè. Nam pactum unius è duobus ſociis alteri quoque prodeſſe debet propter judicium ſocietatis. Sed idem, quod in pacto rei principalis, ut quemadmodum illud fidejuſſori quoque prodeſt, *d.l.23. in fin.* ſic unius ex argentariis vel reis promittendi ſociis pactum alteri quoque proficiat: utroque enim caſu paciſcentis peculiariter intereſt, ne pecunia ab altero petatur: rei principalis ne à fidejuſſore propter mandati judicium: unius è duobus reis vel argentariis ſociis, ne à ſocio, propter judicium ſocietatis, quo alioqui id paciſcenti reputaretur. Non enim tantum de argentariis ſociis, ſed etiam de reis promittendi ſociis. *d.l. 23.* loquitur. Et eſt veriſſimum quod Cujacius monet, cum fine *d l.23.* immediatè conjungi debere *d. l. 25.* utpote quæ alterum exemplum habeat, quo paciſcentis principaliter intereſt: quod & inſcriptio & res ipſa indicat.

Alterum quod huic ſententiæ obſtare plerique putant,

putant, eſt *l. 2. C. de duob. reis.* ubi Impp. reſcribunt ,ſi unus ex duobus debendi reis conventus integrum debitum creditori exolvat, quod ultra dimidiam ſuam ſolvit, eum poſſe repetere : quod ſic accipiunt, poſſe repetere etiam citra ceſſionem in correum actionis, videlicet ſubſidiaria actione negotiorum geſtorum : & ſecundum id ſæpe judicatum eſſe teſtantur *Ant. Fab. Cod. ſuo for. de duob. reis. defin. 1. Chriſtin. vol. 3. deciſ. 114. & vol. 4. deciſ. 178.* Jam vero hoc poſito, unum è duobus reis debendi ſolventem poſſe id quod partem ſuam accedit, repetere, ex eo recte colligitur etiam unius paciſcentis, ne à ſe petatur, intereſſe ne petatur à correo ſuo, & conſequenter id pactum etiam correo profuturum, ne ſi fortè is ſolidum ſolvat, pro parte id ab eo, qui pactus eſt, repetat. Ego autem non video, quæ in propoſita quæſtione actio ſolventi citra ceſſionem competere poſſit. Illud utique certum eſt, ſolutione unius ipſo jure totam perimi obligationem. *§. 1. Inſt. de duob. reis. l. 2. l. 3. in fin ff. eod.* ut nulla jam creditori ſuperſit actio, quæ cedi poſſit. Nec ulla dari poteſt ratio, cur cum uno ex pluribus fidejuſſoribus ſolidum ſolvente ſine pacto aut ceſſione nulla detur adverſus confidejuſſores actio. *l. ut fidejuſſor. 39. ff. de fidejuſſ. l. Modeſtinus. 78. ff. de ſolut.* danda ſit uno è reis principalibus ſolvente adverſus correum. Sed nec ſuo nomine adverſus correum actionem habere poteſt: non actionem mandati, quod nullum interceſſit: non actionem negotiorum geſtorum, quia non alienum, ſed ſuum negotium ſolidum, quod debebat, ſolvendo geſſit : non denique actionem communi dividundo aut pro ſocio, quarum neutra competit citra communionem. *l. 1. l. 2. ff. comm. divid.* accuratè. *Ant. Fab. lib. 11. conject. 6. & ſeq.* contra *Car. Molinæum ad d. l. Modeſtinus. de ſolut.* Quid ergo reſpondebimus ad *d. l. 2. C. de duob. reis?* Putamus eam commode accipi poſſe de duobus reis,

qui in rem communem pecuniam mutuo acceperunt; dicitur enim expreſſe in textu pecunia communiter mutuo accepta: ut hoc caſu uno ſolidum ſolvente, aut actio pro ſocio, ſi ſocii fuerint, aut communi dividendo adverſus alterum competat. *arg. l. 2. pr. ff. comm. div. junct. l. ut ſit. 31. ff. pro ſoc. add. Perez. ad tit. C. de duob. reis. n. 10. & ſeq. Gomez. 2. var. reſol. 12. in fin.* Plane ſi nominatim perſona correi quoque pacto comprehenſa fuerit, proderit ei pactum ad exceptionem doli, per *l. 25. §. ult. & l. ſeq. ff. de pact.*

Jam videndum ex contrario, an pactum unius ex reis ſtipulandi aut credendi alteri credendi correo noceat, puta ſi pactus ſit ſe non petiturum? Et hic iterum diſtinguendum videtur inter ſocios credendi reos & ſimplices. Si ſint ſocii, puto pactum unius alteri ita non nocere, ut neque proſit. Nam pro ea ſaltem parte obſtabit correo petenti exceptio, quam ille toto ſoluto ſocio reſtituere teneretur judicio ſocietatis. Quam autem partem ipſe conſequitur, eam non tenetur communicare ſocio, quippe cujus pactione effectum, ne integrum conſequi potuerit. Ut ut autem ſummi Juris ratio efficere videatur, ut nullo modo unius pactum alteri noceat, propter conditionem obligationis duorum reorum, in quorum ſingulorum perſona tota obligatio conſiſtit: æquitatis tamen ratio facit, ut in propoſito ſaltem pro parte agenti obſtet exceptio; pro ea, inquam, parte, quam alioqui acceptam teneretur reſtituere ſocio.

Cæterum *Ant. Fab. 11. conject. 18. & in rational. ad l. 27. ff. de pact.* rejecta hac diſtinctione, contendit pactum unius è reïs credendi ſociis alteri nocere in totum. utitur argumento *l. ſi duo 34. ff. de rec. arbitr.* ex quo loco ſic ratiocinatur: Si compromiſſum unius ex correis ſociis nocet in totum alteri, ita ut ſi is, qui compromiſit, vetitus ſit petere, neque alter petere poſſit; ergo eodem modo & pactum unius

unius nocebit alteri. At compromiſſum nocet, &c. per *d.l.ſi duo.* Reſpondeo, falſum eſt aſſumptum: idque vel ex eodem loco demonſtrari poteſt. Non enim quæritur illic, an ſocius petere, quod promiſſum eſt, poſſit; ſed an petente illo ſtipulatio pœnalis interpoſita à ſocio, qui compromiſit, committatur? quod non obſcure affirmat juriſconſultus. Unde contrarium potius colligitur, nempe compromiſſum ſocio, qui non compromiſit, non obeſſe; ut ut eo quoque petente ſtipulatio pœnalis committatur, adverſus eum ſcilicet, qui compromiſit. Quod ſi correi credendi ſocii non ſint, conventio unius alteri non nocebit omnino, nunquam enim talia pacta vim ſuam exerunt extra perſonas paciſcentium. *l. ſi unius.* 27. § 4. *verſ. ante omnia. ff. de pact.* & eo pertinet ejuſdem. *l.* 27. *pr. verſ. ult.* Aliud eſt, ſi unus promiſſori acceptum tulerit. *l.* 2. *ff. de duob. reis.* aut novandi animo alium reum acceperit. *l. ſi rem.* 31. §. 1. *ff. de novat.* aut jusjurandum detulerit. *l. in duobus.* 28. *ff. de jurejur.* quia hæc omnia vicem ſolutionis obtinent. De jurejurando enim id quoque diſerte traditum in *l. jusjurandum.* 27. *ff. eod. tit.*

CAP. VII.

Si unius debiti plura ſint apud creditorem chirographa, an unius redditione cenſeatur obligatio remiſſa?

SI creditor debitori ſuo chirographum reddiderit, tacite pactus intelligitur, ne petat, & debitum remiſiſſe. *l.* 2. §. 1. *ff. de pact. fac.* *l.* 3. §. 1. *ff. de lib. leg. l. qui chirographum.* 59. *ff. de legat.* 3. Quæ res dubitationem non habet, ſi creditori duntaxat una cautio expoſita, & ab eodem debitori reddita proponatur. Sed fingamus ejuſdem debiti plures cautiones ſive inſtrumenta creditori tradita, & unum ex his tantum debitori redditum, an hujus unius redditione ſimiliter obligatio tacite remiſſa cenſeri debeat

fac. *l. inter convenientes.* 8. *ff. ad municip.* Illud probandum erat, poſſe magiſtratus annui juriſdictionem conſenſu litigantium ita prorogari, ut etiam finito magiſtratu & adhuc poſt annum inter conſentientes jus dicere poſſit: quod nunquam oſtendent. Imo vero etſi oſtenderent, nondum tamen hoc evincerent, poſſe ob id etiam de loco ad locum juriſdictionem prorogari. Licet enim interdum tempus & locus comparentur. *l. vinum.* 22. *ff. de reb. cred. l. ſi ſoluturus.* 39. *ff. de ſolut.* neminem tamen credo tam eſſe infantem in arte differendi, ut ex eo effici putet, quodcunque in uno ſtatutum eſt, id continuo ad aliud quoque transferendum eſſe, cum ſint plane diverſa, & prorogatio temporis privatam litigantium utilitatem reſpiciat, loci publicum decus. Nec igitur prorogationis de tempore ad tempus ullus apud veteres uſus fuiſſe videtur extra ſpeciem *d. l* 2. §. 2. *ff. de jud.* ubi non juriſdictio annui magiſtratus, ſed nuda notio judicis ad tempus dati conſenſu partium & ipſius quoque judicis prorogata proponitur. *add. Ant Fab. ad d. l.* 2. § 2. *in rational.* quo etiam loco non ſine ratione clauſulam illam *d.* §. 2. *niſi ſpecialiter principali juſſione prorogatio fuerit inhibita*, Triboniano adſcribit. Quis enim alius ita loqueretur, *juſſione prorogationem inhiberi*, aut *inhibitione juberi*? Adde, quod inſolens eſt ad tempus à Principe judicem dari, aut ad tempus à magiſtratu dati notionis inhibere prorogationem. Sed hæc ἐν παρόδῳ

CAP. V.

In jus vocatio an ſit pars judicii propriè dicti?

PROCESSUS judiciarii quatuor ſunt partes, quarum ordinem & progreſſum natura ipſa oſtendit, in jus vocatio, litis conteſtatio, cauſæ cognitio, ſententia. Additur & quinta, ſententiæ exe-

executio, quæ tamen ab ordine, quo ad eam pervenitur, ſecerni poteſt; nec ſemper neceſſaria eſt, ſed tunc ſ[illegible]ummodo, quando condemnatus ſententiæ judicis ultro non paret. Prima igitur ordinis judiciarii pars eſt in jus vocatio: nam ab hac parte edicti omnium actionum inſtituendarum initium proficiſcitur §. *ult. Inſt. de pœn. tem. litig.* hoc eſt, qui cum aliquo judicio contendere inſtituit, is ante omnia adverſarium ſuum in jus vocare debet, id eſt, ad eum vocare, qui jus dicturus ſit, juris experiundi gratia *d.* §. *ult. junct. l.* 1. *ff. de in jus voc.* eique actionem edere, quo is ſecum interim deliberet, utrum cedere malit, an judicio contendere; & ſi contendendum putet, ut veniat inſtructus. *l.* 1. *ff. de edend. auth. offeratur. C. de lit. conteſt.* Unde intelligimus hunc actum omnino neceſſarium eſſe, eoque omiſſo nihil cognoſci, nihil ſtatui poſſe: & ſi contra factum ſit, id pro infecto habendum, nec rei judicatæ auctoritatem obtinere, fac. *lib.* 4. *C. de ſent. & interloc.* & merito: quoniam ſic deficit una ex perſonis, quæ ad conſtitutionem judicii neceſſario requiruntur: neque judex contra jus naturale & divinum reum privare debet defenſione, quæ naturalis eſt. *Clem. paſtoralis. de re jud. Gail.* 1. *obſ.* 48. Nonnulli & partem judicii eſſe contendunt: ſed hoc alii & plures negant: quoniam judicium non ante cœptum dicitur, quam lis eſt conteſtata. *l. amplius.* 15. *ff. rat. rem hab. l. un. C. de lit. conteſt. Gail. d. obſ.* 48. *VVeſemb. par. de jud. num.* 6. Diſſidium haud difficile compoſitu. Nam aut vocem judicii latius accipimus pro toto litis tractu ab in jus vocatione uſque ad executionem, quæ proceſſus judiciarii eſt pars ultima, aut preſſius, ut ea tantum contineat, quæ olim apud judices pedaneos expediebantur, nempe pro progreſſu judicii à lite conteſtata uſque ad ſententiam, qui inſtantia dici ſolet. Priore ſenſu non minus in jus vocatio

proprie & vere pars judicii eſt, quam litis conteſtatio, cauſæ cognitio, &c. unde ea quoque, quæ apud magiſtratum in jure fiunt, dicuntur in judicio fieri. paſſim. *tit. ff. de interrog. in jur. fac. l. 2. §. 2. ff. qui ſatiſd. cog. l. 1. §. pen. & ult. ff. de admin. tut. l. ult. ff. ſi quis in jus voc.* Poſteriore proprie judicii pars non eſt, ſed tantum principium & præparatio judicii inſtituendi, neque enim proprie aut judex aut judicium ullum eſſe intelligitur, antequam lis ſit conteſtata. *d. l. un. C. lit. conteſt.*

Sed hic nobis occurritur primum ex eo, quod in jus vocatio operetur præventionem, id eſt, ſi quis poſtea quam in jus vocatus eſt, alterius fori eſſe cœperit, puta mutatione domicilii, aut privilegio proprii judicis quæſito, is in ea cauſa jus forum revocandi non habeat, quaſi vocatione præventus. *l. 7. ff. de judic. c. propoſuiſti. ext. de for. compet.* Unde dicendum videtur in jus vocationem etiam judicii proprie dicti partem eſſe, & judicium cœptum intelligi, ſimulatque reus in jus vocatus eſt. *per l. ubi acceptum. ff. de judic.* Reſpondeo etiam ſi hic effectus eſt in jus vocationis, ut reus, licet poſtea alterius fori eſſe cœperit, litem apud eum, ad quem vocatus eſt, porro conteſtari & cauſam in judicium deducere debeat, ex eo tamen non ſequitur in jus vocationem partem eſſe judicii, aut judicium jam eſſe cœptum, voce judicii ſtricte ſumpta. Nam judicio cœpto, ne actor quidem conſilium mutare, & ad novum judicem reum vocare poteſt. ita capite *d. l. ubi acceptum. 30. l. ſi is. 34. ff. de judic.* At in ſpecie propoſita, quidni liceat actori ante litem conteſtatam conſilium mutare, reumque convenire in foro recens quæſito. *arg. l. ſi quis. 112. ff. de verb. oblig.* Nam utique reo competere non poteſt exceptio præventionis, qui non prævenit, ſed præventus eſt. Litis autem pendentiæ exceptio competit demum poſt litem conteſtatam: & tunc actor

etiam

Digitized by Google

etiam invitus in judicio retineri poteſt, poteritque reus ipſi actori volenti cauſam ad forum recenter quæſitum trahere, exceptionem opponere litis pendentiæ. Adde quod judicii inchoati etiam hæc vis eſt, ut actorem mutuæ petitioni rei obnoxium reddat, quam mutuam petitionem pragmatici nunc reconventionem vocant. *l. qui non. 22. ff. de judic. l. cum Papinianus 14. cum auth. & conſequenter. C. de ſent. & interloc.*

Secundo objicitur, quod jure noviſſimo in actionibus realibus per ſolam citationem vel libelli oblationem principi factam & judici inſinuatam, & per eum futuro reo cognitam res fit litigioſa, *auth. litigioſa, & ibi DD. C. de litigioſ.* Ex quo non malè inferri videtur, jure Novellarum judicium cœptum intelligi, ſaltem in actionibus in rem, ſtatim atque reus in jus vocatus eſt. Et porro cum jure Canonico hoc generale cenſeatur, ut ſcilicet tam in actionibus perſonalibus, quam realibus per inſinuationem citationis res vitio litigioſi afficiatur. *Clem. 2. ut lit. pend. nihil innov.* ex eo utique hujus juris intuitu judicium à citatione inchoari rectè colligi putatur. per *c. gratum. de offic. deleg.* Reſpondeo ne hæc quidem collectio firma eſt: neque enim ex eo, quod placuit rem per citationem fieri litigioſam, ut ea poſtea alienata vel pignerata emptori vel creditori obſtet exceptio litigioſi, ſequitur protinus judicium eſſe cœptum: non magis quam ex eo, quod citatio operatur præventionem, quod perpetuat juriſdictionem delegati, de quo in *d. c. gratum.* aut quod ex ſola aditione prætoris effectus prorogationis inducitur. *l. ſi convenerit. 18. de juriſd.* Nam illa effecta judicii cœpti actiõnum, quæ alias tempore aut morte perituræ erant, judicio ſemel incluſarum perpetuatio, fructuum in ſtrictis judiciis poſt acceptum judicium præſtatio, exceptionum dilatoriarum excluſio, &c. non ſunt effecta in jus vocationis, ſeu citationis, ut nunc paſ-

Digitized by Google

ſim loquuntur,ſed manent adhuc propria litis conteſtationis, utpote per quam demum res in judicium deducitur & cognitioni judicis ſubjicitur. *l. un. C. de lit. conteſt.*

CAP. VI.

An pactum unius ex correis debendi aut credendi alteri proſit, aut noceat?

EXplorati juris eſt, neminem ſua pactione alteri nocere poſſe? ac ne ei quidem, cujus eſt in poteſtate. *l. ſi tibi.* 17. §. *pen. l. ſi unus.* 27. §. 4. *verſ. ante omnia. l. contra juris.* 28. §. 2. *l. ult. ff. de pact.* in tantum, ut ne quidem procurator omnium bonorum poſſis actionem domini gratis remittere. *d. l.* 28. §. 2. ex quo loco temperandi textus in *l.* 12. & *l.* 14. *ff. eod. per l.* 12. *C. de tranſact. l. pactum curatoris.* 22. *C. de pact.* Sed nec pactione noſtra alteri, cujus juri ſubjecti non ſumus, aut cujus rebus adminiſtrandis non ſumus præpoſiti, poſſumus prodeſſe, ut inde aut actio aut exceptio ei acquiratur. *l. ſtipulatio.* 38. §. *alteri.* 17. *ff. de verb. oblig. l.* 11. *ff. de oblig. & act. l. quo tutela.* 73. §. *ult. de reg. jur.* Hinc eſt, quod nec pactum fidejuſſoris proſit reo principali. *l. fidejuſſoris. ult. ff. de pact.* quanquam ſi expreſſe convenit, ne à reo quoque petatur, hoc caſu propter connexionem obligationum reo quoque dari exceptionem placuit, non pacti conventi, ſed ſubſidiariam doli. *l. idem in duobus.* 25. §. *ult. & l. ſeq. d. tit.* Quod vero ex contrario placet etiam pactum generale debitoris, ſive in rem factum, fidejuſſori quoque prodeſſe, mirum videri non debet: quippe cum ut fidejuſſori proſit, ipſius quoque debitoris interſit, propter mandati judicium. Nam ſi nulla ſit fidejuſſori mandati actio, verbi gratia, ſi donandi animo fidejuſſor intervenerit, pactum rei fidejuſſori ad exceptionem

nem minime proderit. *l. & hæredi. 21. §. ult. junct. l. quod dictum. 32. eod. tit.*

De pacto unius è duobus reis promittendi aut ſtipulandi quæſitum, an non id ſaltem alteri proſit aut noceat? Et ſiquidem unus ex correis debendi, qui & ſocii ſint, pactus ſit, ne à ſe petatur, quin id pactum cæteris quoque proſit, vix ambigitur, propter regulam *d. l. 21. §. ult. l. 23. in fin. & text. in l. 25. ff. d. t. l. 62. ff. ad leg. Falc.* Nam hic quoque paciſcentis intereſt à ſocio promittendi reo non peti: quia ſi ſolvat, id alteri judicio ſocietatis reputabitur. Obſtat tamen *l. 3. §. 3. ff. de legat.* ubi Julianum reſpondiſſe Ulpianus refert, ſi uni ex correis ſociis liberatio legata ſit, non pacto, ſed per acceptilationem eum liberari debere, ne dum ab altero petitur, alter inquietetur: quibus verbis non obſcure ſignificare videtur pactum unius rei debendi alteri non prodeſſe, licet ſocii ſint. Ego vero nego Julianum ideo requirere, ut in caſu illic propoſito liberatio non pacto, ſed per acceptilationem fiat, quia pactum unius è reis promittendi ſociis alteri non prodeſt, ſed quia non prodeſt ipſo jure. atque ita adhuc fieri poſſet, ut dum actio, quæ ipſo jure ſublata non eſt, adverſus alterum ab herede inſtituitur, is cui liberatio legata, obliquè inquietetur. Hæc eſt ratio cur Juriſconſultus in dicta ſpecie liberationem fieri voluit per eum modum, quo penitus & ipſo jure obligatio perimitur, ut ſcilicet in omnem eventum legatario proſpectum ſit. Quid ergo ſi rei debendi non ſint ſocii, an hic unius pactum alteri non proderit? Puto non prodeſſe: atque ut ita ſentiam, multa me movent. Primum quia hic paciſcentis nihil intereſt à correo ſuo pecuniam non peti: quippe qui, etſi poſtea conventus à communi creditore ſolvat, nullam adverſus eum, qui pactus eſt, actionem habet, ut hic ceſſet regula *d. l. 21. §. ult. ff. de pact.* Secundo movet me lo-

 cus

cus Ulpiani in *d. l. 3. §. 3. ff. de lib. legat.* ubi juriſconſultus ait, alterum ex correis debendi, cui liberatio legata eſt, agendo quidem conſequi poſſe, ut pacto liberetur, ſed non, ut per acceptilationem, ne etiam correo liberatio proſit. Qui locus apertiſſimè ſententiam noſtram confirmat: quid enim apertius ad ejus confirmationem afferri poteſt, quam quod ibi JCtus ait, uno quidem accepto liberato utrumque liberari, pactione autem unius eum duntaxat, qui pactus eſt.

Duo tamen huic ſententiæ objiciuntur. 1. reſponſum Pauli in *l. 25. pr. ff. de pact.* 2. reſcriptum Imperatorum Diocletiani & Maximiani in *l. 2. C. de duob. reis.* In *d. l. 25. pr.* idem, ait Paulus, in duobus reis promittendi & duobus argentariis ſociis. Quid autem hic cum quo idem? an idem quod in conventione fidejuſſoris, quam reo non prodeſſe, niſi fidejuſſor ſit in rem ſuam, idem Paulus in *l. 23. pr. & l. 24. ff. eod.* reſpondit? Minimè. Nam pactum unius è duobus ſociis alteri quoque prodeſſe debet propter judicium ſocietatis. Sed idem, quod in pacto rei principalis, ut quemadmodum illud fidejuſſori quoque prodeſt, *d. l. 23. in fin.* ſic unius ex argentariis vel reis promittendi ſociis pactum alteri quoque proficiat: utroque enim caſu paciſcentis peculiariter intereſt, ne pecunia ab altero petatur: rei principalis ne à fidejuſſore propter mandati judicium: unius è duobus reis vel argentariis ſociis, ne à ſocio, propter judicium ſocietatis, quo alioqui id paciſcenti reputaretur. Non enim tantum de argentariis ſociis, ſed etiam de reis promittendi ſociis. *d. l. 23.* loquitur. Et eſt veriſſimum quod Cujacius monet, cum fine *d l. 23.* immediatè conjungi debere *d. l. 25.* utpote quæ alterum exemplum habeat, quo paciſcentis principaliter intereſt: quod & inſcriptio & res ipſa indicat.

Alterum quod huic ſententiæ obſtare plerique putant,

Digitized by Google

putant, eſt *l. 2. C. de duob. reis.* ubi Impp. reſcribunt, ſi unus ex duobus debendi reis conventus integrum debitum creditori exolvat, quod ultra dimidiam ſuam ſolvit, eum poſſe repetere: quod ſic accipiunt, poſſe repetere etiam citra ceſſionem in correum actionis, videlicet ſubſidiaria actione negotiorum geſtorum: & ſecundum id ſæpe judicatum eſſe teſtantur *Ant. Fab. Cod. ſuo for. de duob. reis. defin.* 1. *Chriſtin. vol. 3. deciſ.* 114. *& vol. 4. deciſ.* 178. Jam vero hoc poſito, unum è duobus reis debendi ſolventem poſſe id quod partem ſuam accedit, repetere, ex eo recte colligitur etiam unius paciſcentis, ne à ſe petatur, intereſſe ne petatur à correo ſuo, & conſequenter id pactum etiam correo profuturum, ne ſi fortè is ſolidum ſolvat, pro parte id ab eo, qui pactus eſt, repetat. Ego autem non video, quæ in propoſita quæſtione actio ſolventi citra ceſſionem competere poſſit. Illud utique certum eſt, ſolutione unius ipſo jure totam perimi obligationem. §. 1. *Inſt. de duob. reis. l. 2. l. 3. in fin ff. eod.* ut nulla jam creditori ſuperſit actio, quæ cedi poſſit. Nec ulla dari poteſt ratio, cur cum uno ex pluribus fidejuſſoribus ſolidum ſolvente ſine pacto aut ceſſione nulla detur adverſus confidejuſſores actio. *l. ut fidejuſſor.* 39. *ff. de fidejuſſ. l. Modeſtinus.* 78. *ff. de ſolut.* danda ſit uno è reis principalibus ſolvente adverſus correum. Sed nec ſuo nomine adverſus correum actionem habere poteſt: non actionem mandati, quod nullum interceſſit: non actionem negotiorum geſtorum, quia non alienum, ſed ſuum negotium ſolidum, quod debebat, ſolvendo geſſit: non denique actionem communi dividundo aut pro ſocio, quarum neutra competit citra communionem. *l. 1. l. 2. ff. comm. divid.* accuratè. *Ant. Fab. lib.* 11. *conject.* 6. *& ſeq.* contra *Car. Molinæum ad d. l. Modeſtinus. de ſolut.* Quid ergo reſpondebimus ad *d. l. 2. C. de duob. reis?* Putamus eam commode accipi poſſe de duobus reis,

Digitized by Google

qui in rem communem pecuniam mutuo acceperunt; dicitur enim expreſſe in textu pecunia communiter mutuo accepta: ut hoc caſu uno ſolidum ſolvente, aut actio pro ſocio, ſi ſocii fuerint, aut communi dividendo adverſus alterum competat. *arg. l. 2. pr. ff. comm. div. junct. l. ut ſit. 31. ff. pro ſoc. add. Perez. ad tit. C. de duob. reis. n. 10. & ſeq. Gomez. 2. var. reſol. 12. in fin.* Plane ſi nominatim perſona correi quoque pacto comprehenſa fuerit, proderit ei pactum ad exceptionem doli, per *l. 25. §. ult. & l. ſeq. ff. de pact.*

Jam videndum ex contrario, an pactum unius ex reis ſtipulandi aut credendi alteri credendi correo noceat, puta ſi pactus ſit ſe non petiturum? Et hic iterum diſtinguendum videtur inter ſocios credendi reos & ſimplices. Si ſint ſocii, puto pactum unius alteri ita non nocere, ut neque proſit. Nam pro ea ſaltem parte obſtabit correo petenti exceptio, quam ille toto ſoluto ſocio reſtituere teneretur judicio ſocietatis. Quam autem partem ipſe conſequitur, eam non tenetur communicare ſocio, quippe cujus pactione effectum, ne integrum conſequi potuerit. Ut ut autem ſummi Juris ratio efficere videatur, ut nullo modo unius pactum alteri noceat, propter conditionem obligationis duorum reorum, in quorum ſingulorum perſona tota obligatio conſiſtit: æquitatis tamen ratio facit, ut in propoſito ſaltem pro parte agenti obſtet exceptio; pro ea, inquam, parte, quam alioqui acceptam teneretur reſtituere ſocio.

Cæterum *Ant. Fab. 11. conject. 18. & in rational. ad l. 27. ff. de pact.* rejecta hac diſtinctione, contendit pactum unius è reïs credendi ſociis alteri nocere in totum. utitur argumento *l. ſi duo 34. ff. de rec. arbitr.* ex quo loco ſic ratiocinatur: Si compromiſſum unius ex correis ſociis nocet in totum alteri, ita ut ſi is, qui compromiſit, vetitus ſit petere, neque alter petere poſſit; ergo eodem modo & pactum unius

unius nocebit alteri. At compromiſſum nocet, &c. per *d.l.ſi duo.* Reſpondeo, falſum eſt aſſumptum: idque vel ex eodem loco demonſtrari poteſt. Non enim quæritur illic, an ſocius petere, quod promiſſum eſt, poſſit; ſed an petente illo ſtipulatio pœnalis interpoſita à ſocio, qui compromiſit, committatur? quod non obſcure affirmat juriſconſultus. Unde contrarium potius colligitur, nempe compromiſſum ſocio, qui non compromiſit, non obeſſe; ut ut eo quoque petente ſtipulatio pœnalis committatur, adverſus eum ſcilicet, qui compromiſit. Quod ſi correi credendi ſocii non ſint, conventio unius alteri non nocebit omnino, nunquam enim talia pacta vim ſuam exerunt extra perſonas paciſcentium. *l. ſi unius,* 27. § 4. *verſ. ante omnia. ff. de pact.* & eo pertinet ejuſdem. *l.* 27. *pr. verſ. ult.* Aliud eſt, ſi unus promiſſori acceptum tulerit. *l.* 2. *ff. de duob. reis.* aut novandi animo alium reum acceperit. *l. ſi rem.* 31. §. 1. *ff. de novat.* aut jusjurandum detulerit. *l. in duobus.* 28. *ff. de jurejur.* quia hæc omnia vicem ſolutionis obtinent. De jurejurando enim id quoque diſerte traditum in *l. jusjurandum.* 27. *ff. eod. tit.*

CAP. VII.

Si unius debiti plura ſint apud creditorem chirographa, an unius redditione cenſeatur obligatio remiſſa?

SI creditor debitori ſuo chirographum reddiderit, tacite pactus intelligitur, ne petat, & debitum remiſiſſe. *l.* 2. §. 1. *ff. de pact. fac.* *l.* 3. §. 1. *ff. de lib. leg. l. qui chirographum.* 59. *ff. de legat.* 3. Quæ res dubitationem non habet, ſi creditori duntaxat una cautio expoſita, & ab eodem debitori reddita proponatur. Sed fingamus ejuſdem debiti plures cautiones ſive inſtrumenta creditori tradita, & unum ex his tantum debitori redditum, an hujus unius redditione ſimiliter obligatio tacite remiſſa cenſeri debeat

beat, quæſitum eſt. Affirmant *Bart. Bald. Caſtr. Iaſ. in d. l. 2. de pact.* quorum ſententiam ex profeſſo tuetur Bachovius *ad tit. ff. de pact. c. de ſec. div. pact. n. 7.* Negant. *Duar. Fort. Garſ. Paul. Buſ. in d. l. 2.* excepto ſi id actum eſſe appareat, veluti ſi tabulæ non ſimpliciter redditæ, ſed aut donatæ ſint aut legatæ debitori. Movetur Bartolus, eumque ſecuti, hac ratione, quia unum tantum inſtrumentum eſt, quamvis pluribus tabulis conſcriptum, per *l. unum. 24. ff. qui. teſt. fac.* & quia tabulis reſtitutis non ſcriptum, ſed contentum reſtitutum intelligitur, *arg. d. l. 2. §. 1. de pact. l. qui chirographum. 59. de legat. 3. l. 1. C. de donat.* Bachovius autem pro defenſione ſententiæ Bartoli etiam quinque alia argumenta affert, quorum primum ſumptum eſt ex *l. veteribus. 39. ff de pact.* quo loco cum Papinianus dicat, veteribus placuiſſe, pactionem obſcuram vel ambiguam ei nocere, in cujus poteſtate fuit legem apertius conſcribere, ex eo infert Bachovius, creditori imputandum eſſe, quod non apertius egerit, & contra eum eſſe juris præſumptionem, quod debitum remittere voluerit. Secundum Bachovii argumentum eſt, quod præferenda ſit ſententia humanior: eam autem eſſe, quæ favet liberationi. *l. Arrianus. 47. ff. de oblig. & act.* Tertium, quia generalis eſt definitio tradita in *d. l. 2. §. 1. de pact.* nempe redditione chirographi hoc actum tacitè intelligi, ne debita pecunia petatur. Quartum, quoniam nullus alius finis redditionis chirographi dari poteſt, quam debiti remiſſio. Poſtremum, quia ſi unum ex duobus chirographis debitori legatum eſſet, liberatio legata cenſeretur. Cæterum hæc ſententia aliis, ut dixi, diſplicet, & meritò, meo quidem judicio: quippe qua admiſſa magna occaſio præbetur improbis hominibus fallendi bonos creditores ſuos: Nam debitori in proclivi eſt duo chirographa ejuſdem argumenti conſcribere, quorum alterum tradat creditori,

tori, alterum retineat, ut ſi quando ex eo, quod traditum eſt, conveniatur, proferat retentum, dicatque illud ſibi redditum eſſe à creditore: atque ita feneſtra aperietur fraudibus. Quapropter lubens ſubſcribo ſententiæ eorum, qui cenſent unius chirographi redditione non debere intelligi factam eſſe debiti remiſſionem, niſi id actum eſſe à debitore probetur: quod ſi id docere non poſſit, non ipſi, ſed creditori jusjurandum deferendum eſſe, nempe ut juret chirographum à ſe redditum non eſſe animo remittendæ obligationis. Atque huc etiam facit bonus textus in *l. ult. ff. de his, quæ in teſt. del.*

Supereſt, ut reſpondeamus argumentis contrariæ ſententiæ auctorum. Et quidem illud Bartoli, unum inſtrumentum eſt, licet pluribus exemplis deſcriptum: verum igitur eſt inſtrumentum redditum eſſe, eſt ex eorum genere, quæ Ariſtoteli in poſter. analyt, dicuntur ἀντιςρέφοντα, id eſt, tale, ut pro creditore retorqueri poſſit in debitorem. Nam ut Bartolus ſic argumentatur pro debitore, unum tantum eſt inſtrumentum, quamvis pluribus tabulis conſcriptum, ergo verum eſt redditum eſſe: ita pro creditore contra debitorem hoc telum retorqueri poteſt: unum eſt inſtrumentum; atqui hoc à creditore retentum; igitur non eſt redditum. Quanquam nec illud ſimpliciter verum eſt, quod ait Bartolus, unum tantum eſſe inſtrumentum. Unus quidem eſt contractus aut una obligatio: at plures tamen hic eſſe cautiones ſive plura inſtrumenta rectè dicitur. *l. unum. 24. ff. qui teſt. fac. l. ult. ff. quæ in teſt. del.* Ad *l. veteribus. 39, ff. de pact.* unde primum Bachovii argumentum petitum eſt, reſpondeo, non temere quod Papinianus eo loco de interpretatione verborum pacti ambigui aut obſcuri tradit, trahendum eſſe ad pacta tacita, quæ ex facto aliquo colliguntur, præſertim ad hoc ut donatio interveniſſe præſumatur, & eo quidem etiam caſu, ubi alius iſtius facti finis dari

dari poteſt. Vulgo dici ſolet vel frivolam cauſam excludere donationis præſumptionem, eo quod nemo facile ſuum jactare velle aut effundere præſumatur. *l. cum. de indebito.* 25. *pr. ff. de prob. & ibi DD. Cyn. Bald. & DD. in l.* 3. *C. de non num. pecun.* Ad ſecundum Bachovii argumentum eadem dari reſponſio poteſt, nempe non uſque adeo indulgendum eſſe liberationi, maximè ubi de præcedente obligatione conſtat, ut quis ſine cauſa ſuum perdere voluiſſe exiſtimandus ſit. Donare enim, perdere eſt. *d. l.* 25. *de propr. l.* 7. *pr. ff. de donat.* Ad tertium, definitionem *l.* 2. §. 1. *ff. de pact.* reſtringendam eſſe ad caſum, quo una duntaxat cautio, ut plerumque fieri ſolet, expoſita & eadem reddita eſt. Illud enim perraro evenit, ut debitor duo ejuſdem debiti chirographa tradat creditori: quamobrem nec de tali caſu cogitaſſe juriſconſultum credibile eſt. *arg. l.* 3. *& ll. ſeqq. ff. de legib.* Ad quartum quoque non difficilis reſponſio eſt, nempe cum creditor unum tantum è duobus ejuſdem debiti chirographis, quæ accepit, debitori reddit, non continuo credendum eſſe, voluiſſe eum debitum remittere, cum alium hujus redditionis finem ſibi propoſitum habere potuerit, qui potius præſumendus ſit: nimirum ideo id creditorem feciſſe, quia ex altero, quod retinuit, debitum ſatis probari poſſit, ut ſupervacuum videatur utrumque retinere. Quod ſi animum remittendæ obligationis creditor habeat, cur quæſo, non utrumque reſtituit, ſed alterum retinet? Actus agentium, ajunt noſtri, non operantur ultra eorum intentionem. *l. non omnis* 19. *pr. ff. de reb. cred.* Poteſt & hic finis addi, ne videatur creditor utraque cautione retenta aliquid malitioſe adverſus debitorem velle machinari. Poſtremum Bachovii argumentum petitum ex *l.* 59. *de legat.* 3. reſponſionem non meretur. Nos enim de eo caſu diſputamus, ubi è duobus chirographis unum redditur ſimpliciter, nec creditor id ſe donare profitetur.

tetur. Legare autem donare eſt. §. 1. *Inſt. de legat. l. legatum. 36. ff. eod.* 2. Nullum vero dubium eſt, quin ſicut donata, ita & legata cautione ſeu chirographo, & vel una, licet plures creditori expoſitæ, nomen ipſum ſive debitum donatum legatumque intelligatur. *d. l. 59. de legat. 3. l. ſervum. 44. §. eum qui. 5. eod. 1. l. 3. §. 1. ff. de lib. legat. cum ſimilib.*

CAP. VIII.

An de controverſiis ex teſtamento ortis rectè transigatur non inſpectis teſtamenti verbis? & quid hîc ſtatuendum de pactione gratuita?

IN *l. ſub prætextu. 19. C. de tranſact.* traditur hæc regula, Sub prætextu inſtrumenti poſtea reperti tranſactio bona fide facta non reſcinditur. Quæ regula officium ſuum perdit ex communi interpretum noſtrorum ſententia, & meo judicio vera, ſi tranſactio facta ſit ſuper controverſia ex teſtamento profecta, non inſpectis cognitiſque teſtamenti verbis, atque ex teſtamento poſtea prolato appareat læſum eſſe tranſigentem, & habemus in hanc ſententiam textum expreſſum in *l. 6. ff. de tranſact.* ubi hæc verba Gaji leguntur; *De his controverſiis, quæ ex teſtamento proficiſcuntur, neque tranſigi, neque requiri veritas aliter poteſt, quam inſpectis cognitiſque verbis teſtamenti.* cui geminus alter locus ejuſdem Gaji in *l. 1. §. 1. ff. teſt. quemad. aper.* Cujacius tamen ad *L. 1. ff. de tranſact.* & Æmilius Perretus putant hanc ſententiam falſam eſſe, & natam ex communi errore. Moventur hiſce fere rationibus: Primum, quia nulla ſufficiens ratio dari poteſt, cur tranſactio, quæ inter tranſigentes non minorem vim habet, quam res judicata. *l. non minorem. 20. C. de tranſact.* facta ſuper controverſiis ex teſtamento ortis ſub prætextu teſtamenti poſtea reperti reſcindi debeat contra definitionem generalem *l ſub. prætextu.* 19. *C. d.*

C. d. tit. & ſimilis textus *l.* 10. *l.* 16. *l. nec intentio.* 23. *C. eod. l. in ſumma.* 65. § 1. *ff. de cond. indeb.* Sed hoc Cujacio & Æmilio viſum, dum ſuo indulgent ingenio: nam ſatis ſufficiens vulgo redditur, eoque duplex hujus juris ſingularis ratio; una, ne qui teſtamenta ſupprimunt aut conſulto diutius occultant, iniquum inde lucrum capiant, dum eo pacto illectantur legatarii & fideicommiſſarii ad tranſigendum, & modicum forte præſens, pro relicto alicujus momenti, quod ignorant, accipiendum. per *l.* 8. *pr. ff. de tranſact.* Altera, quod alias per hujuſmodi tranſactiones facile circumveniri poſſent ſupremæ hominum voluntates, quas exitum habere, etiam publicè expedire creditur. *l.* 6. *ff. teſt. quemad. aper. Bart. & DD. in d. l.* 6. *Sande lib.* 4. *tit.* 5. *defin.* 15. Quæ profecto ratio minimè inepta eſt, quamvis id Cujacio videatur: nam eadem ratione motus Divus Marcus oratione in ſenatu recitata effecit, ut ne ſuper alimentis teſtamento relictis tranſigi poſſit ſine prætore. *d. l.* 8. *pr. ff. de tranſact.*

Deinde putat Cujacius *d. l.* 6. *ff. de tranſact.* aut peregrinam eſſe, aut à propoſito alienam. quippe apud Gajum in *d. l.* 1. §. 1. *teſt. quemad. aper.* tranſigendi verbum non ad conventa, ſed per tranſlationem adjudicata referri: quod inquit, cum Tribonianus non animadverteret, partem illius reſponſi in titulum de tranſactionibus conjecit, nempe illam ipſam *l.* 6. cujus tamen ſententia falſa ſit, ſi verbum iſtud referas ad conventa ſeu compoſita. Ego vero hic deſidero judicium Cujacii, & verba hæc, *neque ſine judice tranſigi*, quæ ſunt Gaii in *d. l.* 1. §. 1. *eſt. quemad. aper.* non ad judicata aut ſententias judicum, ſed ad conventiones referenda eſſe contendo: idque vel ex eo ſolo evincitur, quod alioqui verba illa in abſurdam & ſtultam abeunt ſententiam. Quis enim ita loqueretur, *ſine judice judicari non poteſt?* aut quis unquam de eo dubitavit? Gaji ſententia minimè

Digitized by Google

nimè obſcura eſt, neque partes tranſigere poſſe de iis, quæ teſtamento relicta ſunt, ſine judice, apud quem ſcilicet tabulæ aperiri ſolent, neque aliter judicem judicare, quam inſpectis cognitiſque verbis teſtamenti: non quod ipſa tranſactio auctoritatem deſideret judicis, ſed tabularum apertura & publicatio, ut cognita voluntate defuncti, ſi quis jam velit, de dubio aliquo aut incerto utiliter tranſigere poſſit. *d.l.1.pr.l.4.l.5.quemad.teſt.aper.l.teſtamenta.18.C. de teſtam. VVeſemb.parat.d.tit.Coſtal. in l.6. ff. de tranſact. Borchol.c.3.de tranſact.n.* 14. qui & merito notant Accurſum, Bart. Bald. quod plus hîc tribuant ſententiæ judicis, quam privatorum tranſactioni, quaſi judici liceret etiam ſine inſpectione tabularum ſententiam ferre, privatus non liceret tranſigere. Denique & Græci, quorum auctoritati etiam plus æquo tribuere Cujacius ſolet, verba Gaji ſic reddiderunt, *περὶ τῆς ἐκ διαθήκης φιλονεικίαν ἐχόντων οὔτε διαλύεσθαι δυνατὸν, οὔτε τὶ ἀληθὲς ζητεῖσθαι, μὴ προκομιζομένων τῶν τῆς διαθήκης ῥημάτων.* Porro tria adhuc communi ſententiæ objiciuntur. Primum reſponſum Scævolæ in *l. Lucius. 78. §. ult. ff. ad SC. Trebell.* ubi caſus proponitur, quo poſt tranſactionem interpoſitam reperta ſunt inſtrumenta, ex quibus apparuit quadruplo amplius in hereditate fuiſſe, quam heres fiduciarius ex cauſa fideicommiſſi reſtituerat: & tamen negat Scævola, ſi tranſactio intervenerit, amplius fideicommiſſi nomine peti poſſe. Reſpondeo in caſu, quem illic proponit & decidit Scævola, credendum omnino eſſe & præſupponendum, omnia legitime fuiſſe acta, teſtamentum inſpectum fuiſſe, atque ex verbis teſtamenti ſatis conſtitiſſe de fideicommiſſo: neque poſtea aliud voluntatis ultimæ inſtrumentum, puta codicillos, quibus fideicommiſſario plus quam teſtamento relictum erat; ſed alia, quæ plus in bonis defuncti fuiſſe oſtenderent, reperta. Nam codicillis

cillis poſtea repertis & prolatis non obſtante tranſactione integra maneret fideicommiſſi petitio. *l* 3. §. 1. *ff. de tranſact.* cum iniquum ſit pactione perimi id, de quo cogitatum non eſt. *l. qui cum 9. in fin. ff. eod. tit.*

Objicitur ſecundo *l. non eſt ferendus.* 12. *ff. eod.* Reſpondeo, ſatis apparet ex verbis hujus loci, factum fuiſſe tranſigenti in ſpecie illic propoſita teſtamenti inſpiciendi copiam, atque ab eo inſpectum lectumque quamvis forte oſcitanter, quod ſuæ negligentiæ imputare debet. Plano eſt Juriſconſulti ſententia, nempe non eſſe audiendum eum, qui facta inſpiciendi copia, poſtea cauſetur de eo ſolo cogitaſſe, quod prima parte teſtamenti, non etiam quod poſteriore relictum ſit.

Poſtremo ex Joanne objicit Accurſius, quod tranſactio ſit rei dubiæ & incertæ, at poſt inſpecta teſtamenti verba rem non amplius eſſe dubiam, ſed certam. At quam jejuna hæc objectio! quaſi vero adhuc quæri non poſſit de mente & ſententia teſtatoris, de viribus teſtamenti, utrum Falcidiæ locus, &c. Illud obiter moneo, non eo minus ratam eſſe debere tranſactionem, quod adjecta non ſit clauſula, *viſis cognitiſque verbis teſtamenti*, dummodo doceatur tranſigentes gnaros fuiſſe eorum, quæ teſtamento cauta, licet tunc cum interponebatur tranſactio, forte lectum non ſit. *Bart. in d. l. 6. Ant. Fab. Cod. ſuo for. h. tit. defin.* 1. *Sande. lib. 4. tit.* 5. *defin.* 15.

Reliquum eſt, ut jam examinemus quæſtionis propoſitæ partem alteram, nempe quid hic ſtatuendum de pactione gratuita. Nam cum Gaius citatis locis *l. 6. ff. de tranſact. & l. 1. §. 1. ff. teſt. quemad. aper.* nominatim & tantum loquatur de tranſactione, quæſitum eſt, an non ſaltem donationis cauſa liceat de controverſiis ex teſtamento de pendentibus non inſpectis tabulis paciſci, litemque gratis remittere?

tere? Accurſius, cujus ſententiam ſecuti ſunt Bartolus. Bald. & Angel. *in d.l.6.* putat non magis licere verbis teſtamenti non inſpectis de hujuſmodi controverſiis gratis paciſci, quam accepto aliquo transigere. Contra vero Albericus de Roſate, Guilielmus de Cumo, Caſtr. & Jaſ. paciſci de his gratis licere, quamvis tranſigere non liceat: quorum ſententiæ & nos ultro ſubſcribimus. Accurſius, eumque ſecuti argumentum ducunt à paritate rationis, & pro vero falſum ſupponunt, eandem ſc. hîc eſſe tranſactionis & pacti gratuiti rationem. Magna enim & evidens hic inter pactum & tranſactionem differentia eſt: quippe qui tranſigit, decipi poteſt, accepto forte minimo pro bona ſumma, cum utique habere velit, quod ſibi teſtamento relictum eſt: at is qui ultro totum remittit, non decipitur, cum nihil habere cupiat: & poteſt unuſquiſque jus ſibi delatum repudiare.

Pro contrariæ ſententiæ firmamento adducit Bartolus *l.3.l.9.§.ult.ff.de tranſact. l. tres fratres* 35. *ff.de pact.* quibus locis pactum & tranſactio æquiparantur & pari paſſu ambulant. Sed quæ hæc argumentatio eſt. In caſibus dd. locis propoſitis eadem pacti & tranſactionis eſt ratio, ergo & in caſu propoſito. Docent nos Logici non continuo quæ in uno & altero conveniunt, convenire in omnibus, aut in eo, ubi diſpar ratio. Neque nos dicimus pactionem gratuitam valere omni caſu, quo tranſactio non valet; ſed utilem eſſe in quæſtione propoſita, licet tranſactio ſit inutilis. Quid quod omnibus iſtis locis apertè agitur de pacto decidendi cauſa interpoſito, quod nihil aliud eſt, quam tranſactio.

Affertur poſtremo pro eadem ſententia, quod apud Paulum *lib.* 1. *ſent. tit.* 1. legitur. *de his rebus paciſci nos poſſe, de quibus tranſigere licet.* Reſpondeo, ex eo nequaquam ſequitur, de quibus rebus tranſigere non licet, nec licere paciſci: pactio enim aliquando valida, ubi tranſactio non tenet: verbi

gratia,

gratia, de re judicata, aut jurejurando deciſa, aliaſve certa & liquida tranſactio interpoſita inutilis eſt; pactio donationis cauſa non item. Quamobrem cum textus illi ſupra ſæpe citati *l. 6. ff. de tranſact. l. 1. §. 1. ff. teſt. quemadm. aper.* tranſactionem duntaxat in propoſito prohibeant, eaque prohibitio aliquid ſingulare & tranſactionis proprium contineat, nolim eos ad pacta gratuita temere extendere.

CAP. IX.

An vulgaris diſtinctio procuratoris univerſorum bonorum in ſimplicem & cum libera, ex ratione juris noſtri defendi poſſit?

QUæri ſolet an mandati generalis hæc vis ſit, ut procurator, cui univerſorum bonorum adminiſtratio permiſſa eſt, poſſit rem quamcunque ad adminiſtrationem ſuam pertinentem pro arbitrio ſuo alienare, in aliumve transferre? Doctores noſtri duo genera hujuſmodi procuratorum faciunt; unum eorum, quibus ſimpliciter rerum omnium adminiſtratio à domino commiſſa eſt; alterum, quibus commiſſa eſt libera, nominatim ſcilicet hoc adjecto; & contendunt Procuratorem cum libera (ſic loquuntur) etiam jus alienandi habere, modo ne id fiat animo donandi: eum autem, cui ſimpliciter adminiſtratio, quamvis omnium bonorum, mandata eſt, nihil alienare poſſe, præter fructus aut res alias, quæ corruptioni obnoxiæ. Verum mihi hæc diſtinctio ſuſpecta ſemper viſa eſt. Etenim cum ex mandato æſtimandum ſit, quid cuique in re aliena liceat, parem eſſe debere utriuſque procuratoris poteſtatem omnino dicendum videtur, & quod uni aut licet, aut non licet, id alteri quoque in re dominica licere aut non licere. Quid enim intereſt, ſimpliciter alicui bonorũ univerſorum adminiſtratio mandata ſit, an mandata adjecto verbo *libera*? Non magis hæc differunt, quam heres

heres ſimpliciter inſtitutus, & inſtitutus adjecto *ex aſſe*. Adminiſtratio quantumvis ſimpliciter tradita, nihilominus libera tradita intelligitur; quippe quam libere exercere liceat in rebus omnibus, nec minus liberè, quam ſi ſpecialiter de ſingulis mandatum eſſet, excepto ſi quid generali cujuſmodicunque mandato non continetur: qualia ſunt, donatio. *l. 7. ff. de donat.* manumiſſio. *l. 13. ff. de manumiſ.* rei dominicæ pro alio obligatio. *l. 1. §. 1. ff. quæ res pign. obl. non poſſ.* liberatio pignoris aut hypothecæ. *l. 7. §. 1. ff. quib. mod. pign. ſolv.* item, quævis alia juris dominici remiſſio. *l. mandato. 60. ff. de procur. l. præſer. 12. C. de tranſact.* alienatio quoque rerum domini, quam non exigit ratio adminiſtrationis. *l. procurator totorum. 63. ff. de procur. junct. l. 12. & l. ult. ff. de cur. furioſ. l. procuratorem. 16. C. de procur. l. 1. §. 1. ff. de off. proc. Caſ.* Hinc eſt, quod ei cui licet ſimpliciter, rerum omnium gerendarum provincia mandata eſt, rem domini in judicium deducit, *l. 12. ff. de pact.* quod iis tantum licet, qui domini loco habentur. *l. tutor. 22. & 27. ff. de adminiſt. tut.* poteſt exigere & accipere. *l. 11. ff. de pact. l. qui hominem 34. §. 3. ff. de ſolut.* creditoribus ſolvere, *l. quodlibet. 87. ff. de ſolut. l. 59. ff. de procur.* novare. *d. l. 22. ff. de adm. tut. l novare. 20. §. 1. ff. de novat.* tranſigere, jusjurandum deferre. *d. l. præſes. C. de tranſact. d. l. 12. ff. de pact. l. jusjurandum. 17. §. ult ff. de jurejur.* modo id faciat in cauſa domini, plane dubia atque incerta & defectu probationum. *arg. l. tutor. 35. pr. ff. de jurejur.* neque enim hoc ſic accipi debet, ut tranſigere aut jusjurandum deferre poſſit, etiamſi paratas habeat probationes, quibus id quod intendit, haud difficulter queat oſtendere. *l. mandato. 60. ff. de proc. d. l. præſes. C. de tranſact.* Poteſt & rem domini pignori dare, utique ſi mandatum accepit ab eo, qui ſub pignoribus ſolebat mutuam pecuniam accipere. *l. 12. ff. de pign. act.* Poteſt denique

denique & vendere, quæ ſervando ſervari non poſſunt. *l. procur. 63. ff. de procur.* & quatenus negotiorum exigit adminiſtratio, etiam alia quædam ob evidentem utilitatem alienare. *arg. d. l. 12. & l. ult. ff. de cur. fur.* Jam ego quæro, an plus in re domini licere debeat ei, cui libera adminiſtratio permiſſa eſt? Non puto ut ut enim liberrima, adminiſtratio tamen eſt, nihil amplius.

At, inquiunt, procurator, cui generaliter libera adminiſtratio rerum commiſſa eſt, poteſt aliud pro alio permutare. *l. procurator. 58. ff. de procur.* Fateor, inquam: ſed hoc verum eſt & in eo, cui ſimpliciter bonorum omnium adminiſtratio commiſſa: in utroque autem hoc ſic accipiendum, ſi conditio & ratio adminiſtrationis id flagitet. Atque eodem modo temperandum & explicandum, quod apud Gajum *l. 9. §. 4. ff. de acq. rer. dom.* & apud Juſtinianum *§. nihil autem. 42. Inſt. de rer. diviſ.* relatum eſt, eum, cui libera univerſorum negotiorum adminiſtratio permiſſa eſt, rem ex negotiis ſibi commiſſis vendendo & tradendo facere accipientis. Plane poteſt mandatum ita concipi, ut poſt generalem clauſulam quædam etiam ſpecialiter exprimantur, quæ alioqui aut non conceſſa, aut non tam plenè conceſſa intelliguntur. Cujuſmodi mandati exemplum & formulam habemus apud Scævolam in *l. creditor. 60. §. Lucius. 4. ff. mand.* Inſtant porro hoc modo, ſi filiusfa. & ſervus, liberam peculii adminiſtrationem habentes, res peculiares diſtrahere & alienare poſſunt, ſine ſpeciali voluntate patris aut domini: ergo & procurator, cui libera rerum domini adminiſtratio conceſſa eſt, poterit eas res ſine ſpeciali domini mandatu ſimiliter alienare. At verum eſt antecedens. *l. ſi convenerit. 18. §. ult. & l. ſeq. ff. de pign. act. l. ſi quis. 41. §. 1. ff. de rei vind. l. contra. 28. §. ult. ff. de pact. l. 8. §. 5. ff. quib. mod. pign. ſolv. l. 10. C. quod cum eo, qui in al. pot.* ratio autem con-

nexi

Digitized by Google

nexi per ſe ſatis videtur manifeſta. De connexione mox videbimus. Concedimus interim antecedens: ſed hoc dicimus, nihil intereſſe utrum ſervo aut filio peculii adminiſtratio permiſſa ſit, adjecto, an omiſſo verbo *libera*: nam & liberam permiſſam intelligi cum ſimpliciter permiſſa eſt: nec uno caſu plus juris contineri ſervove aut filioſa tribui, quam altero; Hujus rei certiſſimum argumentum eſt, quod eadem omnia, quæ ſuperioribus locis conceduntur, liberam peculii adminiſtrationem habentibus, alibi permittuntur etiam iis, quibus ſimpliciter peculii adminiſtratio commiſſa. *l. 13. in fin pr. ff. de cond. ind. l. pen.* §. 3. *ff. de diverſ. & temp. prǽſcr. l.* 48. §. 1. *ff. de pecul. l. ult. ff. de novat.* Alterutrum igitur dicendum eſt, aut procuratores omnium bonorum, ſive ſimpliciter ſive cum libera conſtitutos, ſimiliter poſſe res domini quaſlibet alienare & diſtrahere, ut ſervi aut filii, qui ex permiſſu domini aut patris peculii adminiſtrationem habent, diſtrahere & alienare poſſunt res peculiares: aut falſam eſſe propoſitionis in ſuperiore ſyllogiſmo connexionem: eo quod plus in hoc caſu liceat ſervis & filiisfam. quam bonorum procuratoribus. Prius ne ipſi quidem interpretes admittunt, niſi in procuratore conſtituto cum libera: alterum ergo dicamus neceſſe eſt, argumentationem à ſervis & filiis peculii adminiſtrationem habentibus non procedere ad bonorum noſtrorum procuratores. Nec ratio diverſi juris adeo obſcura eſt: idcirco enim ſervis & filiisfa. peculii libera adminiſtratione conceſſa, rerum quoque peculiarium diſtrahendarum facultas conceſſa intelligitur, quia peculium eſt quaſi proprium quoddam patrimonium ipſius ſervi filiive familias à ſubſtantia & rationibus domini patriſve ſeparatum atque abſtractum. *l.* 5. §. 3. & §. 4. *l. peculium.* 39. *ff. de pecul.* quod in procuratore diverſum eſſe manifeſtum eſt. Adde quod una eademque ſervi & domini, una patris

tris & filii perſona eſſe videtur. §.4. *in fin. Inſt. de inut. ſtipul. l. ult. in fin. C. de impub. & al. ſubſt.* Plane non magis ſervi aut filiifam. quantumvis liberam peculii adminiſtrationem habentes, injuſſu patris aut domini donare poſſunt, quam rerum noſtrarum liberi adminiſtratores. *l.* 1. §1. *ff. quæ res pign. oblig. l.* 7. *pr. ff. de donat.* cum ſimilib. Hæc eadem & Duareni ad *l.* 1. §. *per procuratorem.* 20. *ff. de acq. poſſ.* Donelli *lib.* 4. *comm. c.* 15. Vaudi *lib.* 1. *var. quæſt.* 47. ſententia eſt

CAP. X.

An rectè Interpretes ſtatuant, reſtitutionem in integrum eſſe remedium extraordinarium, & duplex hîc intervenire judicium, reſcindens & reſciſſorium.

REſtitutio in integrum eſt cauſæ jure amiſſæ redintegratio. ita definitur ab Imp. in *l.* 2. *C. in quib. cauſ. in integ. reſt. nec. non eſt.* ajunt, *cauſa amiſſæ*: nam ubi cauſa amiſſa non eſt, reſtitutione non eſt opus. *l. in cauſa.* 16. *p. ff. de minor. l.* 3. *C. de int. reſt. min.*

Ajunt, *redintegratio.* qnoniam impetrata reſtitutione in integrum, omnia in priſtinum ſtatum reducuntur tam ex parte adverſarii, quam ex parte reſtituti. Omnis enim reſtitutio eſt reciproca. *l. quod ſi minor.* 24. §. 4. *ff. de minor. l.* 1. & *l.* 2. *C. ſi adv. tranſact.* Paulus *lib.* 1. *ſent. tit.* 7. definit rei redintegrandæ actionem. At enim ipſa reſtitutio in integrum propriè actio non eſt, ſed res, quæ petitur ut poſtulatur à magiſtratu.

Dicitur tamen actio figuratè, ut ex contento continens intelligamus, ex reſtitutione poſtulationem litigatoris, quæ eam continet: quomodo etiam ſtipulationes prætoriæ actionis verbo contineri dicuntur. *l. actionis.* 37. *ff. de oblig. & act.* Hæc habeto ὡς ἐν παρόδῳ. Occurrit autem in hoc argumento geminus interpretum error, tum quod reſtitutio-

tionem in integrum pro judicio & auxilio habent extraordinario, tum quod duplex hic interceſſiſſe judicium, reſcindens & reſciſſorium, imaginantur. Uterque error natus eſt ex veteris juris ignorantia. Prior ſtatim apparebit, atque cognoverimus quod ſit judicium ordinarium, quid extraordinarium. Ordinarium jus ſive judicium eſt, quod per actiones & interdicta, per judices datos, ſine prætoria cognitione civiliter exercetur, ut diſcere poſſumus ex *l.* 1. §. 2. *ff. ſi ventr. nom. mul. impoſſ. l. ult. ff. de privat. del. l.* 3. *ff. ne vis fiat ei, qui poſſ. l.* 178. §. 2. *ff. de verb. ſign.* &c. Suetonius in *Claud. c.* 15 *Alium*, inquit, *interpellatum ab adverſariis de propria lite, negantemque cognitionis rem, ſed juris ordinarii eſſe, agere cauſam confeſtim apud ſe coëgit.* Extraordinarium eſt, quod præter conſuetum judiciorum morem & ordinem exercetur prætore ipſo ex officio cognoſcente, non judicem dante. Cujus generis ſunt, cognitio de honorariis profeſſorum liberalium artium, medicorum, advocatorum, &c. *tit. de extraord. cogn. l.* 7. *ff. l.* 1. *C. mandat.* Item de fideicommiſſis. *l.* 178. §. 2. *de verb. ſign.* de tranſactione alimentorum. *l.* 8. §. 18. *de tranſact.* & ſi quæ ſunt cauſæ ſimiles. Hæ autem cauſæ cum eſſent extraordinariæ, & ab ipſo prætore diſceptarentur, ſolebat prætor in edicto pro illo uſitato & tralatitio verbo *judicium dabo*, aliud uſurpare, videlicet *animadvertam. l.* 1. §. 1. *ff. de minor. l.* 15. §. *ait prætor.* 25. *ff. de injur.* Itaque nec harum cauſarum ullæ certæ & ordinariæ erant actiones aut formulæ *l.* 24. §. *ult. ff. de minor. Hotom. lib.* 7. *obſ.* 4. *Duar. in lib.* 7, §. 2. *de pact. Briſſon. lib.* 5. *&* 13. *de verb. ſignificat.* Nunc videamus an cauſas reſtitutionis in integrum prætor ſuæ juriſdictioni & cognitioni extra ordinem reſervarit, an more judiciorum ordinario atque uſitato judicem in his actionemque dederit? Non ipſam prætorem hic judicaſſe,

dicaſſe, ſed judicium dediſſe arguunt verba edictorum omnium, quæ huc pertinent, dempto uno de minoribus *l. item ſi*. 14. §. 1. *ff. quod met. cauſ. l.* 1. §. 1. *ff. de dol. mal. l.* 2. §. 1. *ff. de cap. min. l.* 1. *ff. de alien. jud. mut. cauſ. l.* 1. *in fin. ff. ex quib. cauſ. major.* ubi prætor læſis reſtitutionem pollicetur data actione reſciſſoria. Hinc jam perſpicuè apparet, judicia hæc non eſſe extraordinaria, ſed ordinaria: eoſque perſpicue errare, qui aut hæc ſola aut quod minus ferendum, cætera quoque beneficia prætoria extraordinaria eſſe remedia exiſtimant, quos vel ſolæ refellunt bonorum poſſeſſiones: ut omittam actiones prætorias Publicianam, Paulianam, Servianam, de conſtituta pecunia, ex jurejurando, de receptis, de dejectis & effuſis, & innumeras alias. Excipitur ſola reſtitutio, qua minoribus 25 annis lubrico ætatis læſis ſuccurritur, quam prætor ſuæ juriſdictioni reſervavit: & ideo in hac cauſa non ait ſe actionem aut judicem daturum ex more judiciorum ordinario, & conſueto: ſed uti quæque res erit, animadverſurum. *l*. 1. §. 1. *ff. de minorib.* Unde Paulus in *l. quod ſi minor*. 24. §. *ult. eod. ex hoc edicto*, inquit, *nulla proprie actio vel cautio proficiſcitur: totum enim hoc pendet ex prætoris cognitione.* Cæteræ vero dantur in modum actionis ordinariæ, ut jam demonſtravimus. Planè ſi quis reſtitutiones conſideret, quatenus in ſubſidium & fere non niſi aliis actionibus deficientibus conceduntur, quin hoc ſenſu remedia extraordinaria rectè dicantur, nemo inficias ibit. *l. in cauſæ*. 16. *pr. ff. de minorib.*

Alter error interpretum eſt, quod duplex hîc interveniſſe judicium imaginantur, reſcindens & reſciſſorium, duplicem libellum, duplicem litis conteſtationem, & ſententiam. Cui errori cauſam dedit edictum ex quibus cauſ. major. & textus in *l. qui proprio*. 46. §. *item quæritur. ff. de procur.* Reſtituuntur majores variis ex cauſis, & inter alias, ſi eorum

ex

ex neceſſaria aut juſta cauſa abſentium res uſucapta ſit. *l.* 1. *ff. ex quib. cauſ. major.* §. *rurſus.* 5. *Inſt. de actionib.* Hoc autem caſu ait Juſtinianus permitti domino reverſo reſciſſa uſucapione rem petere. cui ſimile, quod ait Paulus in *l. in honorariis.* 35. *ff. de oblig. & action.* ei, cujus abſentis res uſucapta eſt, reſciſſa uſucapione actionem dari, quæ ſcilicet eſt illa actio in rem prætoria, quam noſtri paſſim reſciſſoriam vocant. *l. nec non.* 28. § *ult. ex. quib. cauſ. maj. l. ult. C. eod. l. nullo.* 24. *C. de rei vind.* nonnunquam & reſtitutoriam. *l.* 3. §. 1. *ff. de eo per quem fact. et. l. qui proprio.* 46. §. 2. *ff. de procur.* Cæterum loca iſta nequaquam ſic intelligenda ſunt, quaſi duplici judicio hæc res expediatur, decretumque aliquod antecedat, quo prætor reſcindat uſucapionem, ac tum demum hanc actionem det, qua petatur res reſtitui: ſed ideo dicitur reſciſſa uſucapione hæc actio dari, quia prætor eam concedendo vi ipſa ſimul uſucapionem reſcindit, dum permittit veteri domino ſic agere, ut petat rem ſibi à poſſeſſore reſtitui, perinde ac ſi nulla uſucapio interveniſſet. *l.* 1. §. 1. *l. ſed & ſi.* 26. §. *ſi feriæ. l. nec non.* 28. §. *pen. ff. ex quib. cauſ. maj. l. ult. C. eod. l. nullo.* 24. *C. de rei vind.* ex quibus locis perſpicuè patet, reſciſſionem uſucapionis in ipſa datione actionis conſiſtere, prætoremque dici reſtituere, cum actionem reſciſſoriam petenti concedit. *fac. l.* 2. §. 1. *ff. de cap. minus* hoc ipſum & Ludovicus Gomeſſius odoratus eſt in *d.* §. *rurſus ex diverſo. Inſt. de action.* ſed explicare non potuit, aut ſolide confutare communem errorem. Porro nullum decretum hic anteceſſiſſe, quo quod geſtum eſt, reſcinderetur, ſed reſciſſionem & reſtitutionem in ipſa datione actionis conſiſtere, prætoremque dici reſtituere actionem reſciſſoriam dando, argumento eſt, quod apud Juſtinianum legimus in §. 3. *Inſt. de action.* formula actionis reſciſſoriæ petitorem intendere poſſeſſorem uſu non cepiſſe,

quod uſucepit: quæ utique formula non convenit actioni priſtinæ per reſciſſionem reſtitutæ; neque enim remota judicio reſcindenti uſucapione, huic formulæ & intentioni locus eſſe poteſt. At enim inquiunt. Impp. in *l.ult.C.quib.ex cauſ. major.* ajunt actionem reſciſſoriam, quam utilem ibi vocant, dari reſtitutis in integrum. Reſpondeo, hoc ipſum confirmare, quod nos dicimus, nempe in conceſſione actionis reſciſſoriæ ipſam reſtitutionem eſſe poſitam: atque interpretes abuti textibus juris, qui reſciſſa uſucapione utilem ajunt reddi actionem, quippe quo nihil aliud ſignificetur, quam quod cum prætor cauſa cognita actionem concedit, perinde habeatur inſpecto exitu, ac ſi uſucapio reſciſſa eſſet: eaque verba reſpicere effectum formulæ, qua poſſeſſorem non uſucepiſſe intenditur.

Sed quid reſpondemus ad *l. qui proprio.* 46. §. 2. *ff. de procur.* ubi ſic Gajus lib. 3. ad edictum provinciale: *Item quæritur, ſi judicium acceperat defenſor, & actor in integrum reſtitutus ſit, an cogendus ſit reſtitutorium judicium accipere? & magis placet cogendum.* Hæc objectio videtur eſſe alicujus momenti: nam ex eo loco rectè colligi videtur, eſſe aliquod judicium reſtituens ſive reſcindens, quod præcedat reſtitutorium ſive reſciſſorium. Sed non eſt tanti ponderis, ut plerique exiſtimant. Agitur illic de defenſore, qui eandem vicem ſubire cogitur, quam ipſe reus. *l. minor.* 51. §. 1. *ff. de procur.* Ponamus itaque caſum, quo contra minorem rem aliquam petentem ſive actione in rem ſive in perſonam, pro defenſore alienæ litis ſententia lata eſt, & minorem beneficio ætatis in integrum reſtitutum, data actione reſtitutoria. Hic defenſor cogendus eſt etiam judicium reſtitutorium ſive actionem reſciſſoriam accipere, quam etiam in ſe hoc ipſo, quod alienæ litis defenſioni ſe obtulit, ſuſcepiſſe intelligitur. Ubi autem hîc duplex judicium, reſtituens

& re-

Digitized by Google

& reſtitutorium? Conjicere licet, errorem hunc manaſſe ex ignoratione ordinis judiciarii, qui apud veteres fuit: ubi quidem in omnibus ferè actionibus occurrebat ſpecies quædam duplicis judicii, dum quædam apud prætorem ſeu magiſtratum tractabantur, quædam apud judices datos: cæterum revera unum tantum erat judicium, ideoque unus tantum libellus, una litis conteſtatio, una ſententia deſiderabatur. Nempe apud prætorem non inſtituebatur judicium, ſed conſtituebatur à prætore data actione & judice, qui de re cognoſceret. Unde nec illa quæ apud prætorem fiebant, in judicio, ſed in jure fieri paſſim dicuntur. Reſtringitur autem vulgo neceſſitas duplicis judicii reſcindentis & reſciſſorii ad edicta, quibus vel propter ætatem, vel propter abſentiam læſis ſubvenitur. *Mynſing. 2. obſ. 25. Oldendorp. claſſ. 6. act. 8.* nec mirum, nam in actione de dolo, quod metus cauſa, ex edicto de alienatione judicii mutandi cauſa facta, & quæ datur in debitorem capite minutum, ſimplicitas & unitas judicii nimis evidens & conſpicua eſt.

CAP. XI.

Quale ſit beneficium reſtitutionis in integrum, reale an perſonale: & an fidejuſſoribus quoque proſit?

QUidam putant reſtitutionem in integrum eſſe beneficium reale, moti hiſce fere rationibus. 1. Quia non tantum læſis ipſis, ſed etiam hæredibus eorum datur. *l. non ſolum 6. ff. de in int. reſtit. l. 3. §. Pomponius. 9. l. minor. 18. §. ult. ff. de minor.* 2 Quia & ad ſucceſſorem ſingularem tranſire poteſt, videlicet ex facto & voluntate minoris, ſi minor alicui hoc auxilium ceſſerit. *l. quod ſi minor. 24. pr. ff. de tit. l. alterius. 20. §. 1. in fin. ff. de tut. & rat. diſtr.* nempe non ceditur officium judicis, ſed jus implorandi officium judicis, quod actionis inſtar

habet. *l. actionis. 37. ff. de obl. & act. vid. Mynſing. 4. obſ. 18. & ſeq.*

Sed magis eſt, ut hoc beneficium pro perſonali habendum ſit: neque enim rei aut cauſæ beneficium dici poteſt, quod variis ex cauſis perſonis læſis, lapſis aut circumventis conceditur. Et cum quæritur, an beneficium aliquod vel actio in rem ſit, id non tam ex eo, cui, quam adverſus quem detur, æſtimandum eſt. *l. actionum, 25. ff. de obl. & act.* Non obſtant loci in contrarium adducti. Nam ſi omnia, quæ hæredibus competunt, eſſent realia, nullæ ferè eſſent actiones perſonales: quippe quæ omnes hæredibus quoque competunt, tametſi pœnales ſint ex maleficio, excepta una injuriarum, & ſi qua alia ſimilis inveniatur. §. 1. *Inſt. de perp. & temp. act.* Nec valet hæc argumentatio, cedi poteſt reſtitutionis auxilium, ergo eſt beneficium reale: nam omnes actiones in perſonam cedi poſſunt. Fatemur privilegia perſonalia, ſeu quæ certis perſonis tribuuntur, non tranſire in heredem, ſed cum perſonis, quibus tributa ſunt, finiri. *l. privilegia.* 196. *ff. de reg. jur.* at reſtitutio in integrum non competit jure privilegii in ſpecie ſic dicti, aut tanquam jus aliquod ſingulare, ſed magis tanquam remedium juris communis, & quod inſtar eſt actionis ordinariæ, non enim ex mera tribuitur gratia; ſed ipſa quoque juſtitia & æquitate dictante, quam ob cauſam etiam favorabile cenſetur. *Sfort. Odd. p. 1. quæſt. 1. art. 14. & quæſt. 50. art. 1. de reſt. in integr.* licet ſuo ſenſu verum, quod detur contra jus civile. *l. 35. in fin. pr. ff. de obl. & act.* Porro beneficium reſtitutionis in integrum non eſſe reale ex eo quoque liquet, quod non prodeſt conſorti, ut ecce, duo fratres conſortes, unus major 25 annis, alter minor, de hereditate paterna cum tertio aliquo tranſegerunt: hîc minori quidem fragilitate ætatis læſo ſuccurretur, & proderit minori reſtitutio, cæterùm

terùm pro parte duntaxat ſua, quatenus ſcilicet ipſius intereſt: fratri autem majori non proderit. *l. un. C. ſi in comm. ca. in int. reſt. poſtul.* Quod ſi reſtitutio minoris, ut interdum fit, ſocio quoque proſit, id propriam rationem habet; veluti ſi agatur de re natura ſua individua, puta ſervitute communi fundo debita: hîc enim non niſi in ſolidum reſtitutioni locus eſſe poteſt, nec minor commodum reſtitutionis ſentire, niſi conſorti quoque ſuo proſit. *l. ſi communem. 10. ff. quemad. ſerv. amitt.* aut ſi fundo, quem minor cum alio communem habebat, vendito, & minore in integrum reſtituto, emptoris interſit contractum in totum reſcindi propter incommoda communionis. *l. tutor. 47. § 1. ff. de minor.* Cæterum in tota hac quæſtione diſtinguendum videtur inter cauſas reſtitutionis: ſiquidem actio de dolo, de alienatione judicii mutandi cauſa facta, reſtitutoria ex edicto de capite minutis merè ſunt perſonales: actio quod metus cauſa origine ſua & ipſa perſonalis, ut tamen in rem ſcripta ſit: actio reſciſſoria ex capite de majoribus ferè in rem eſt, reſtitutio minorum imploratur contra eum, cum quo contraxerunt: quanquam interdum & adverſus tertium poſſeſſorem actio porrigatur, quod ſpeciale eſt. *l. in cauſa. 13. §. 1. ff. de minor.*

Altera illa quæſtio, an beneficium reſtitutionis fidejuſſoribus quoque proſit, in cauſa minorum præcipuè agitatur: nam exceptionem doli mali & metus, etiam fidejuſſoribus competere certi atque explorati juris eſt. *l. 1. §. 1. ff. de except.* Quæritur ergo an hoc beneficium proſit etiam minorum fidejuſſoribus. Non prodeſſe reſponſum eſt, *l. in cauſa. 13. pr. ff. de minor. l. 7. in fin. ff. de except. l. 1. l. 2. C. de fidejuſſ. min.* ex adverſo prodeſſe, *l. minor. 51. ff. de procur. l. ſi pupillus 89. ff. de acq. her. l. 2. §. 1. ff. de adminiſtr. tut. l. 3. §. 4. verſ. ſed an hoc auxi-*

Digitized by Google

lium ff. de minor. Hæc loca in ſpeciem contraria variè conciliantur, & quidem fere trifariam.

Pleriſque cum Accurſio in *d. l. minor.* placet hæc diſtinctio, aut creditor, qui cum minore contraxit, non poteſt aliter indemnis eſſe, niſi ſaltem adverſus fidejuſſorem ei actio detur; aut poteſt. Priore caſu cenſent, reſtitutionem fidejuſſori non prodeſſe, ſed efficaciter poſſe cum eo agi; quia creditor ob hunc ipſum metum reſtitutionis & remedii prætorii fidejuſſorem à minore accipit, *d. l. 13. pr. de minor.* nec tamen fidejuſſorem adverſus minorem habere regreſſum; quoniam & contra ipſum fidejuſſorem, ne mandati actione experiatur, reſtituitur. *d. l. 13. l. 4. in fin. ff. de except. l. 1. C. de fidejuſſ. min.* Plane ſi dolo minoris deceptus fidejuſſor eum majorem putavit, mandati actio efficax eſt, quia in delictis minori non ſuccurritur. quæ ſententia eſt *d. l. 1. C. de fidej. minor.* Poſteriore caſu, ubi ſalva eſt creditori judicii in alium tranſlatio, etiam ſubveniri fidejuſſori, ut in ſpecie *d. l. minor. 51. ff. de procur.* ubi creditori ſeu actori ſalva manet, contra principalem reum actio. Item in caſu *l. ſi pupillus, 89. ff. de acq. her.* ubi creditoribus ſalva eſt actio contra heredes legitimos, ſi qui alii ſint præter minorem reſtitutum, vel contra coheredes adeuntes. Et ad hunc poſteriorem caſum quoque pertinere *l. 2. §. 1. ff. de admin. tut. item l. 3. §. 4. verſ. ſed an hoc, ff. de minor.* Diverſi juris hanc eſſe rationem, quia ſicut æquum eſt reditorem in damno non morari, ita eandem æquitatem ſuadere, ut fidejuſſori ſuccurratur, ſi creditori aliter conſultum ſit.

Alii pro regula ponunt fidejuſſores minorem beneficio reſtitutionis non juvari, quaſi ſua conventione hoc auxilium repudiaſſe videantur per *d. l. 13. pr. ff. de minor. fac. l. 3. §. 4. verſ. ſed an hoc eod.* ubi dicitur interdum & fidejuſſori hoc auxilium

pro

prodeſſe: unde recte colligas, regulam eſſe in contrarium. Excipiunt autem caſum, quando fidejuſſor intercedit pro minore certæ perſonæ qualitatem induente, quam deinde exuat beneficio ætatis; veluti ſi fidejubeat pro minore tanquam defenſore alienæ litis, & promittente judicatum ſolvi, ut in ſpecie *d. l. minor.* 51. *ff. de procur. l.* 2. §. 1. *ff. de adm. tut.* aut tanquam herede, ut in ſpecie *d. l. ſi pupillus.* 89. *ff. de acq. her.* Eum enim, qui pro his quatenus tales ſunt, intervenit, apertè id agere, ut ne teneatur depoſita hac qualitate. *Donell.* 21. *comm. c.* 14.

Ant. Faber *lib.* 8. *conject.* 3. *& ad l.* 13. *ff. de minor.* alia adhibita diſtinctione rem hanc expediendam putat, & nimirum intereſſe, utrum fidejuſſor pro minore intervenerit, tanquam pro alio quolibet, ſeu quomodo interveniret etiam pro majore, quod in dubio ſit præſumendum; etiamſi ſciverit conditionem minoris: an quaſi pro minore & contemplatione juris prætorii, id eſt, ob eam duntaxat cauſam, ut creditori cautum eſſet, qui alioqui propter incertum ætatis ac reſtitutionis cum minore non contraxiſſet. Priore caſu prodeſſe fidejuſſori reſtitutionem à minore impetratam, perinde ac ſi à majore impetrata eſſet. Poſteriore vero non prodeſſe. Atque hanc diſtinctionem etiam Senatui Sabaudiæ placuiſſe teſtatur idem Ant. Faber *Cod. ſuo for. tit. de fidej. min. defin.* 1. *& tit. qui & adv. quos in int. reſt. defin.* 2.

Ex tribus autem hiſce diſtinctionibus expeditiſſima & tutiſſima mihi videtur ſecunda: nam ratio primæ in caſu, quo etiam fidejuſſori ſuccurratur, non convenit ſpeciei *l. ſi pupillus.* 89. *ff. de acq. her.* Quid enim ſi nemo adeat hereditatem, ut quæ ſuſpecta ſit, nec omnino idonea? Quid enim ſi vetus aut alia actio propter inopiam aut abſentiam debitoris inanis ſit? Nec quod ad tertiam attinet, Ant. Fabro concedendum, fidejuſſorem minoris, quem ſcit

Digitized by Google

ſcit minorem eſſe, in dubio non intelligi contemplatione juris prætorii interceſſiſſe: Imo cum fidejuſſor in hoc accipiatur ab eo, qui cum minore contrahit, quod ei potius, quam minori fidem habeat, propter metum reſtitutionis. *d. l.* 13 *pr. ff. de minor.* contrarium potius præſumendum: & ſibi imputet fidejuſſor, quod minoris conditionem non ignorans pro eo intervenit. Quod vero fidejuſſori, qui minoris heres extitit, ſalvum manere reſtitutionis auxilium, *l. Stichum.* 95, §. 3. *ff. de ſolut.* in eo fidejuſſoris eadem cum cæteris heredibus conditio eſt. *l.* 6. *ff. de in int. reſt. l.* 3. §. *Pomponius.* 9. *ff. de minor.* Neque enim fidejuſſori qua fidejuſſori, ſed qua heredi ſalvum manet. Item quod placuit fidejuſſori qui pro minore dolo adverſarii circumſcripto intervenit, prodeſſe exceptionem doli mali, quæ minori ex hac cauſa competit. *d. l.* 7. §. 1. *ff. de except. l.* 2. *C. de fidej. min.* hoc ex eo eſt, quod hæc exceptio ex parte objicientis in rem potius eſt, quam in perſonam. *l.* 2. §. 1. *&* §. 2. *ff. de dol. mal. exc.* ac proinde ex earum genere, quæ vel invito debitore competunt fidejuſſori, *d. l.* 7. §. 1. *ff. de except. l. & heredi* 21. §. *ult. l. ult. ff. de pact.* Cui adde quod etiam majoribus eadem ex cauſa eadem exceptio detur. Cæterum non hoc ſolo caſu, quod quidam putant, reſtitutio fidejuſſori prodeſt, ut jam demonſtravimus. Unicum adhuc eſt, quod hic objici ſolet, nempe generalis illa regula, quæ definit in omni genere liberationis liberato reo principali liberari etiam acceſſiones, *l. in omnibus.* 43. *ff. de ſolut.* Sed huic objectioni ſic reſpondendum, regulam illam toties procedere & veram eſſe, quoties principalis obligatio aut ipſo jure tollitur, aut ſummovetur per exceptionem jure communi competentem, qualis eſt exceptio pacti, rei judicatæ, jurisjurandi, ſenatuſconſulti Vellejani, &c. Secus autem eſt, quando manente obligatione tam naturali

rali quam civili perſona rei duntaxat ſubducitur, ſicut fit, cum minor reſtitutione utitur per *l. ult. ff. de duob. reis.*

CAP. XII.

An dolus dans cauſam contractui bonæ fidei, eum reddat ipſo jure nullum?

QUæſtio hæc agitata eſt inter Doctores Citramontanos & Ultramontanos, quorum illi affirmant bonæ fidei contractum, cui dolus cauſam præbuit, ipſo jure nullum eſſe: hi negant. Illos ſequuntur *Cujac. Coſtal. Buſ. ad l. 7. ff. de dol. mal. Don. Mynſ. Zaſ. in §. actionum 28. Inſt. de act.* Hos *Coraſ. 2. miſcell. 8. Robert. lib. 3. animadv. 1. 2. & 4.* Nos hîc Citramontanorum caſtra ſequemur: in quæ & ſuprema Curia Hollandiæ conceſſit *deciſ. 5.* Primum hoc dicimus in contractu bonæ fidei, nullam circumſcripto competere actionem de dolo; Nam aut cauſam contractui bonæ fidei dedit dolus, & contractus, ut nunc ſupponimus, ipſo jure nullus eſt; ut puta nulla eſt venditio, nulla ſocietas, ſi quis cum animum contrahendi non haberet, in hoc circumſcriptus eſt & dolo adverſarii adductus, ut venderet. *d. l. 7. ff. de dol. mal.* aut ſocietatem contraheret. *l. in cauſæ. 16 §. 1. ff. de minor.* aut dolus incidit circa partem aliquam in contractum bonæ fidei, puta ci-ca rei valorem aut traditionem aut pretii numerationem, & purgatur per actionem ex ipſo contractu deſcendentem. *d. l. 7. §. 3. ff. de dol. l. Iulianus. 13. §. 4. & 5. ff. de act. empt. l. 2. C. eod.* aut ſi conveniatur, qui dolum paſſus eſt, purgatur exceptione doli, quia exceptiones doli inſunt bonæ fidei judiciis. *l. ſed & ſi 21. ff. ſolut. matrim. l. hujuſmodi. 84. §. 5. ff. de legat. 1.* In ſtricti autem juris contractibus non idem doli effectus eſt. Hic enim ſive cauſam contractui dolus dederit, non reddit eum ipſo jure nullum; ſive inciderit & in aliqua

parte tantum acceſſerit, non purgatur actione ex contractu deſcendente, quæ ſtricti juris eſt: ſed ſpectatur duntaxat, utrum is, qui per dolum obligatus eſt, impleverit contractum, nec ne: ſi nondum implevit, exceptione doli mali agentem repellere poteſt. *l. ſi quis. 36. ff. de verb. oblig. l. 5. C. de inut. ſtipul.* actionem autem de dolo non habet: quippe quæ nec cum exceptione doli concurrit. *l. ult. ff. de dol. mal.* Sin autem implevit contractum, jam quia exceptionem doli non habet, ſi cætera quoque remedia ei deſint, dabitur ei actio de dolo, tanquam ultimum ſubſidium. *Zaſ. Duar. Cujac. Donell. in d. l. 36. de verb. oblig.*

Illud autem hic quæritur, an verum ſit quod cum Citramontanis aſſerimus, ubi dolus cauſam præbet contractui bonæ fidei, contractum ipſo jure nullum eſſe; cum ſecus ſe res habeat in ſtrictis judiciis. Et verum eſſe ſatis perſpicuè demonſtrat textus in *l. 7. pr. ff. de dol. mal.* ubi juriſconſultus diſerte ait, nullam eſſe venditionem, ſi in hoc ipſo circumſcriptus fuerit minor, ut venderet; & notanda eo loco oppoſitio caſuum. Nam dum ait nullam eſſe venditionem, ſi in hoc ipſo, ut venderet, minor circumventus ſit, caſum hunc opponit caſui antecedenti, quo dolo incidente, non cauſam dante contractus ipſo jure valet. Non obſtat, quod juriſconſultus utroque caſu actionem de dolo in manumiſſum dat: ſiquidem Ulpianus ut ſententiam Juliani dicentis actionem de dolo in manumiſſum dari, qui à domino minore decepto venditus & ab emptore manumiſſus erat, conciliaret cum vulgata regula, quod actio de dolo cum alia actione non concurrit, cum hic videatur ſupereſſe ex vendito, docere voluit ſententiam iſtam Juliani duobus caſibus procedere. 1. quando emptio venditio valet, ſed emptor dolo caruit, ut non poſſit ob dolum à ſervo commiſſum actione ex vendito conveniri. 2. ubi emptor in dolo

fuit,

ſuit, ſed minor in hoc ipſo fuit circumſcriptus, ut venderet, & ita dolus venditioni cauſam præbuit: quo caſu cum venditio ipſo jure nulla ſit, ſola ſuperſit actio de dolo.

Probatur hæc eadem ſententia, nec minus evidenter, ex *l. in cauſæ.* 16. §. 1. *ff. de minor.* ubi & majore 25 annis circumſcripto in ſocietate ineunda, contractus dicitur eſſe nullus, & minori eodem caſu negatur opus eſſe reſtitutione in integrum, quæ utique ei neceſſaria eſſet, ſi contractus ſubſiſteret. Addunt alii & textum in *l.* 3. §. *ult. ff. pro ſoc.* quo loco Paulus ſic ſcribit; *Societas, ſi dolo malo aut fraudandi cauſa coita ſit, ipſo jure nullius momenti eſt: quia fides bona contraria eſt fraudi & dolo.* Sed, ut verum fatear, alia videtur hujus loci eſſe ſententia, nimirum eam ſocietatem ipſo jure nullius eſſe momenti, quæ eo animo & propoſito contracta ſit, ut ejus occaſione alii fraudentur & circumveniantur: quia rei turpis & illicitæ nulla in univerſum ex ullo contractu obligatio eſt. *l.* 6. §. 3. *ff. mandat. l. nec prætermittendum* 57. *ff. pro ſoc. l generaliter.* 26. *& ſeq. ff. de verb. oblig.*

Reſtat jam, ut examinemus & diluamus argumenta, quibus Ultramontani eorumque ſectatores adducti in contrariam ſententiam iverunt. Sed prius quam eo deveniamus, monendi ſumus in diſtinctione contractuum bonæ fidei & ſtricti juris, bonam fidem non ſimpliciter opponi dolo; quippe quem ab omnibus contractibus, etiam à ſtipulatione & mutuo abeſſe oportet. *l.* 4. *C. de oblig. & act.* ſed quadantenus tantum & ſecundum quid, nempe quatenus plenior & exuberantior fides in contractibus bonæ fidei deſideratur, eorumque naturæ magis adverſatur dolus malus: quod Impp. in *l.* 5. *C. de reſc. vend.* ſignificant, cum ajunt, dolum contrarium eſſe bonæ fidei, quæ in hujuſmodi maxime contractibus exigitur. Et ratio eſt, quia in his alter alteri obligatur

tur in id, quod ex bona fide, ex bono & æquo præſtari oportet, etiamſi de eo nihil cautum ſit. §. *in bonæ.* 30. *Inſt. de action. l.* 2. § 3. *ff. de obl. & act.* & hinc eſt, quod etiam potentius operetur dolus, ad impediendam originem obligationis, in contractu bonæ fidei, quam ſtricti juris; dolus, inquam, contractui cauſam dans: nam incidens contractum nullum facere non poteſt.

Ultramontani tamen Petrus, Cynus, Joan. Faber, & recentiores nonnulli, ſicut diximus, ab hac ſententia recedunt, contendentes contractus omnes, etiam bonæ fidei, quamvis dolus iis cauſam dederit, ipſo jure conſiſtere atque effectum habere, ſed reſciendendos eſſe actione ex contractu, aut de dolo, ſi alia non ſuperſit. Afferunt huic ſententiæ firmandæ innumeros locos; quorum præcipui. *l.* 11. §. *ſi quis.* 5. *l. Iulianus.* 13. §. 4. & 5. *item* §. *ſi colludente.* 17. *ff. de act. empt. l. ſi res æſtimata.* 12. §. 1. *ff. de jur. dot. l.* 3. *C. comm. utriuſq. jud. l.* 5. *C. de reſt. vend.* Verum non eſt adeo difficilis ad hæc loca reſponſio: quoniam in pleriſque agitur de dolo incidenti, veluti in *d. l.* 11. §. *ſi quis virginem. ff. de act. empt.* Nam in caſu illic propoſito venditor emptorem dolo malo non induxit ad emendum, ſed cum emptor animum emendi haberet & errore lapſus putaret ſe virginem emere, venditor ſciens emptorem errare, paſſus eſt eum in hoc errore hærere: non autem affirmavit eſſe virginem, quo eum ad emendum induceret: qui error corrigitur data actione ex empto ad emptionem reſolvendam. Sic quoque in *d. l.* 13. §. 4. & 5. non proponuntur caſus, quibus quis dolo inductus & in hoc circumventus eſt, ut emeret vel venderet: ſed ut res pluris vel minoris emeretur, vel venderetur. Similiter ex eo, quod in §. *ſi quis colludente.* 27. *d. l.* 13. Juriſconſultus proponit colludente procuratore, venditionem factam, non ſequitur neceſſario dolum dediſſe cauſam contractui,

tractui. Multoque minus ex *d.l.* 12. §. 1. *ff. de jur. dot.* cum procul dubio nuptias contrahere mulier voluerit, nec ea in dote promittenda circumventa fuerit, ſed in æſtimatione & traditione ſervi. Nec denique ex *l.* 3. *C. comm. utriuſq. jud.* neque enim illic agitur de dolo, qui diviſioni cauſam præbuit, ſed admiſſo in ipſa diviſione, qui dolus eſt incidens. & ſic quoque capiendæ *l.* 7. §. 1. *depoſ. l.* 49. *de O. & A. l.* 79. *pro ſoc. l.* 43. §. *ult. l.* 66. §. 1. *l.* 68. § 1. *de contr. empt. &c.* Sane in ſpecie *d. l.* 5. *C. de reſc. vend.* dolum dediſſe cauſam contractui, verba ipſa ſatis apertè oſtendunt, & tamen etiam eo caſu reſcindi dicitur venditio. Sed bene reſpondet Cujacius, nihil aliud his verbis, *venditionem reſcindi*, eo loco ſignificari, quam data & tradita revocari condictione ſine cauſa. Nam proprie ipſa venditio, quæ nulla eſt, non poteſt dici reſcindi: ſed reſcindi dicitur ab effectu, qui ſecutus eſt, quoniam dominium per traditionem tranſlatum erat. *l.* 7. *pr. ff. de minor. l. dolus.* 10. *C. de reſc. vend.*

Utuntur præterea Ultramontani duobus argumentis, & quidem quæ digna ſunt conſideratione. Primum tale eſt: Ubi adſunt ſubſtantialia contractus, ibi non poteſt contractus ipſo jure eſſe nullus: atqui licet dolus, cauſam dederit contractui bonæ fidei, adeſt conſenſus, adſunt alia eſſentialia: ergo ipſo jure non eſt nullus. Ad propoſitionem quod attinet, monendi ſumus contractus non ex mero jure gentium hîc conſiderati oportere, ſed quatenus jure civili recepti & approbati. Aſſumptio falſa videri poteſt, propterea quod dolus excludat conſenſum: cæterum ita ſtabilitur. Si vis & metus non excludit conſenſum nec contractum vitiat, nec dolus excludet, &c. At verum antecedens: ergo & conſequens. Ratio connexi eſt, vel quia vis & coactio maxime videtur contraria eſſe voluntati. *l. nihil conſenſui.* 116. *de reg. jur.* vel quia in vi & metu

metu etiam dolus ineſt. *l.* 3. §. *doli mali.* 8. *ff. vi bon. rapt.* Antecedens non obſcure negat Cujacius in *l. ſi quis.* 36. *ff. de verb. oblig.* & aperte Donellus in *l.* 1. *C. de reſc. vend.* Veriſſimum tamen eſſe argumento ſunt verba ipſa edicti prætoris, *Quod metus cauſa geſtum erit, ratum non habebo.* neque enim reſtitutione opus eſſet, ſi contractus ipſo jure non valeret: & non niſi infusè atque ineptè ad metum & vim quandam incidentem edictum hoc referre poſſis. Accedunt expreſſi textus in *l.* 3. *l.* 4. *l.* 5. *C. de his quæ vi metuſv. ca.* ex quibus manifeſte patet, vim & metum non efficere, ut contractus; quamvis ſit bonæ fidei, & cui metus cauſam dederit, ſit ipſo jure nullus: ſed eo non obſtante actionem & exceptionem quod metus cauſa dari. Movere non debet, quod ſcriptum eſt in *l. ſi mulier* 21. §. 3. *ff. quod met. ca. Si dos metu promiſſa ſit, nullam naſci obligationem, nec talem promiſſionem dotis ullam eſſe.* Hoc enim ſpeciale eſt in promiſſione dotis metu extorta: quoniam favore dotis non datur reſtitutio: quoties autem contra actum, ſi valeret, non datur reſtitutio, toties actus metu geſtus ipſo jure non valet. *fac. l.* 9. *pr. l. ſi privatus.* 17. *ff. qui & à quib. man.* & quod notandum eſt, loquitur *d. l.* 21. §. 3. de dote ſtipulanti promiſſa: vix autem quiſquam eſt, qui dubitet talem promiſſionem, licet metu extortam, alias ipſo jure ſubſiſtere. Magis obſtare videtur *l.* 1. *C. de reſc. vend.* ubi Imp. Alexander ait venditionem per vim & metum extortam irritam eſſe. Sed rectè reſpondet Accurſius, *irritam* poſitum eſſe pro irritandam, nempe per actionem quod metus cauſa; quia prætor talem venditionem ratam non habet, data actione quod metus cauſa. *l.* 1. *ff. quod met. ca. l.* 3. & 2. *ſeqq. C. eod.* ut exitu inſpecto actus hic ſit irritus, aut pro irrito habendus. Nos igitur cum Bachovio *de action. diſp.* 6. *th.* 17. negamus rationem connexi, & dicimus,

Digitized by Google

dicimus, à metu ad dolum non rectè inferri. Quod ſi quis hîc urgeat reſponſum Ulpiani in *d. l.* 2. §. *doli mali* 8. *ff. vi bon. rapt.* ubi ait, eum, qui vim facit, etiam dolo malo facere & in vi dolum ineſſe. Reſponſio in promptu eſt, doli appellationem & generalem eſſe, omnemque ſignificare improbitatem, malitiam ac propoſitum delinquendi, quo ſignificatu etiam vis dolus eſt. *l.* 7. *ff. ad leg. Cor. de ſi car.* & ſpecialem, qua injuriæ illa ſpecies intelligitur, quæ fit occultè & per ſimulationem, diſtinguiturque à vi, quæ aperta eſt, nec ſemper cum ea concurrit: quomodo Cicero dicebat, fraudem vulpeculæ vim Leonis eſſe. Atque in priore ſignificatu dicimus JCtum, doli verbum accipere in *d. l.* 2. §. 8. *vi bon. rapt.* nec aliud intelliget, quam eum qui vim infert, pravum & improbum propoſitum habere, qui dolus apertus eſt, id eſt, manifeſta malitia & improbitas reipſa & facto declarata. At nos hîc diſputamus de dolo in ſpecie dicto, quo intelligitur, qui eſt in verbis & occultè fit per ſimulationem. Sed parum proficimus, niſi ratio aliqua afferatur, cur eum, qui metu coactus verbi cauſa emit aut vendidit, placeat ipſo jure obligari, dolo malo inductum non item: cum non minus vis atque metus conſenſui, ſine quo nullus contractus ſubſiſtit, contrarius ſit, quam dolus. *l. nihil conſenſui* 116. *ff. de reg. jur.* Putamus autem hanc eſſe rationem, quod in uno enixior & apertior voluntas eſt, quam in altero: utique enim & coacta voluntas verè voluntas eſt. *d. l.* 21. §. *pen. quod met. ca.* ſicuti qui navis levandæ gratia jacturam facit, vult ſe liberari periculo & voluntate enixa, ac ſeria. *Ariſtot. Eth.* 3. Sane quidem vis eſt contraria voluntati, ſed quatenus cauſam extrinſecus impellentem ſpectamus, non quatenus reſpicimus cauſam proximam & ipſum volendi & minus malum eligendi actum. Duæ enim hîc conſiderandæ voluntates; una prior, altera vi poſterior: quarum priori vis eſt contraria,

traria, poſteriori vero tantum abeſt ut vis contraria ſit, ut eam etiam efficiat, ac proinde etiam cum ea conſiſtere queat. Errantis autem & dolo circumvent ,ut ſit aliqua voluntas, non tamen tam enixa eſt & certa, quia decipitur. Non poſſumus dicere plane & omnimodo dolo interveniente tolli conſenſum, quod temere Bronchorſtius *cent.* 1. *aſſert.* 57. & alii nonnulli aſſerunt: nam hoc admiſſo ne contractus quidem ſtricti juris dolo cauſam conventioni præbente ipſo jure ſubſiſterent: cum nulli contractus, ac ne ſtipulatio quidem ſine conſenſu ullius momenti ſit *l.* 1. §. 3. *ff. de pact.* Sed hoc dicimus etiamſi ſimpliciter & abſolute non deficiat conſenſus, tamen cum hic debilior ſit, quam in caſu objecto, & hæc ſit natura contractuum bonæ fidei, ut omnia præſtentur ex æquo & bono, & bonæ fidei, quæ in hiſce judiciis exuberantiſſimè requiritur, maximè repugnet dolus malus. *l.* 15. *C. de reſc. vend.* ubi principium eſt vitioſum & infectum, nempe ubi alter alterum ad contrahendum dolo inducit, talem contractum jure valere non poſſe: ut ut ſtipulationem ſuſtineat verborum ſolennitas, mutuum interventus rei, & obligatio unilatera. Et effectu pene idem eſt, quod Baldus in *l. ſub prætextu.* 19. *C. de tranſact.* ait, dolum in bonæ fidei contractibus excludere qualitatem ſubſtantialem (rectius dixiſſet naturalem) quæ ineſt à propria & ſpeciali natura contractus: ſed in ſtrictis judiciis eſſe contra qualitatem accidentalem duntaxat, & generalem omnium contractuum.

Alterum argumentum Ultramontanorum tale eſt: Qua ex cauſa tranſit dominium, ea non poteſt cenſeri ipſo jure nulla. At ex contractu bonæ fidei, puta venditione, cui dolus cauſam dedit, tranſit dominium: ergo. Major eſt in *l. nunquam.* 31. *ff. de acq. rer. dom.* Aſſumptio probatur ex eo, quod nuſquam legimus hoc caſu dari vindicationem: quæ utique competeret, ſi dominium tranſlatum non eſſet.

Quin-

Quinimo ex *l. 7. pr. ff. de dol.* perſpicuè probatur dominium in caſu, de quo agimus, transferri: alioqui enim manumiſſio non procederet. *l. 3. C. ſi adverſ. libert. fac. l. 10. C. de reſc. vend.* & miror Bronchorſtium id negare *arg. l. 1. §. 4. ff. de acq. poſſ.* ad quam vel puer reſponderit. Hinc porrò ſic colligunt: Ubi non impeditur tranſlatio dominii, ibi multo minus impediri debet nativitas obligationis, per *l. 4. ff. de contr. empt.* Atqui ubi dolus cauſam dedit, &c. Reſpondet Baldus in *l. 19. C. de tranſact.* ad hunc modum, Concedo, inquit, quod fortius impeditur dominium, quam obligatio, quando eadem vel major ratio eſt impediendi: ſed quando ratio ordinatur ad obligationem impediendam, non dominium; ibi impeditur obligatio, ſed non dominium, ut in ſæpius allegata *l. 7. pr. ff. de dol.* Ratio, quia non procedunt ab eadem cauſa: nam obligatio non poteſt eſſe ſine vero & efficaci contractu, ſed dominium poteſt transferri ex cauſa putativa; unde non requirit efficaciam præcedentis obligationis. Hactenus Baldus: cujus nimirum hæc ſententia eſt, traditionem ipſam cum animo transferendi dominii factam ab eo, qui ſaltem putat ſubeſſe cauſam habilem & idoneam, licet nulla ſubſit, ſufficere ad tranſlationem dominii: idque verum eſſe indicio eſt indebitum per errorem ſolutum. Illud enim indebitum eſt, quod nulla ex cauſa verè debetur: & tamen ſi quis errore ductus putans ſe debere, ex aliqua cauſa ſolverit, dominium transfert: quod ex eo liquet, quia ad repetitionem ſoluti tantum condictionem indebiti habet, non vindicationem. *titt. ff. & C. de condict. indeb.* Sic licet matrimonium nullum ſit, tamen dos data non vindicatur, ſed per condictionem repetitur. *l. pen. C. de interd. matrim. int. pup.* Itaque recte Donellus in *d. l. 5. C. de reſc. vend. n. 3.* quod Paulus in *l. nunquam. 31. ff. de acq. rer. dom.* ſcribit: nunquam nudam traditionem transferre dominium,

nium, ſed ita ſi juſta aliqua cauſa præceſſerit, propter quam traditio ſequeretur, ita accipiendum docet, ſive revera juſta cauſa præceſſerit, ſive opinione tradentis.

CAP. XIII.

An minori 25 annis Doctori juris, ſi captus ſit, concedenda in integrum reſtitutio?

NOn una cauſa eſt, ob quam prima facie videtur deneganda minori 25 annis in integrum reſtitutio. Quid enim ſi judicio recte defenſus, & cauſa cognita ſententia judicis condemnatus ſit, an non obſtabit reſtitutioni auctoritas judicis & rei judicatæ? Placuit non obſtare, ac nihilominus beneficio ætatis minores conſequi poſſe, quod jure communi appellatio interpoſita præſtat majoribus. *l. præſes provinciæ. 42. ff. de minor. & tit. C. ſi adv. rem judic.* Quid ſi decreto magiſtratus res minoris vendita ſit? hic multo minus: ſiquidem magiſtratus quanquam vendi rem minoris permittit, pretium tamen decreto ſuo non comprobat. *l. 2. C. de fidejuſſ. minor. l. ſi quidem 11. C. de præd. minor.* Sed nec curatorum auctoritas uſque eo valet, ut id beneficium, curæ ſuæ commiſſis adimant, quod remota hac auctoritate & ſine curatoribus conſtituti habituri fuiſſent. *l. tutor. 47. ff. de minor. & tot. tit. C. ſi tut. vel cur interv.* Sed finge minorem eſſe hominem frugi & induſtrium, magiſtratum alioſve honores gerere, parentem eſſe multorum liberorum remque familiarem bene ac prudenter adminiſtrare: hæc utique ſigna ſunt non fragilis & infirmi, ſed prudentis & maturi conſilii. Quid ergo? An non merito hujuſmodi adoleſcentes ab hoc auxilio excluduntur? Placuit nihilominus ſic capti probentur, reſtituendos per *l. 1. in fin. ff. de minor. l. 2. C. eod. l. 1. C. qui & adv. quos.* Etenim quantacumq; huic ætati prudentia tribuatur, ſemper

ſemper tamen ei adjuncti eſt levitas quædam & facilitas, adde & rerum multarum *ἀπειρία*. *Sfort. Odd. p. 1. quæſt. 23. art. 3. & 13. Sichard. in l. 2. C. de in int. reſt. minor. n. 2.*

Quid ſi doctor juris ſit, adeoque non levi juris ſcientia imbutus? Huic communiter Doctores reſtitutionem in integrum denegandam eſſe cenſent, etiamſi in negotio gerendo ſe læſum eſſe doceat, teſte Oddo *d. loc. art. 7.* Rationem hujus ſuæ opinionis hanc afferunt, quod nulla fronte ex errore & imprudentia reſtitutionem ob defectum ætatis deſiderare poteſt, cujus ætatem ſupplet juris ſcientia: nec quiſquam id affectare debeat, in quo intelligit vel intelligere debet, imperitiam ſuam alii periculoſam fore. *l. 8. §. 1. ff. ad leg. Aquil.* Addunt, quod turpe ſit, ut Q. Mucius dicebat, cauſas in foro oranti jus ignorare. *l. 2. §. Serv. 43. ff. de orig. jur.* & quod ad juriſconſultos olim, teſte Cicerone *lib. 3. de Orat.* non ſolum de jure, verum etiam de filia collocanda, de fundo emendo, de agro colendo, de omni denique aut officio aut negotio referebatur. Atque ita quoque *Duar. in l. 1. C. qui & adv. quos Gomez. 2. reſolu. 14. n. 5. Bronchorſt. 1. miſcell 28.* Cæterum hæ rationes tanti apud me non ſunt, ut huic ſententiæ ſubſcribere poſſim. Nihil enim commune habet profeſſio juris & artium cum bonorum adminiſtratione & in rebus agendis prudentia, quæ non ex libris, ſed uſu & experientia comparatur. Benè Cicero in *fin. 2. de offic. de quærenda*, inquit, *de collocanda pecunia, etiam de utenda, commodius à quibuſdam optimis viris ad medium Ianum ſedentibus, quam ab ullis philoſophis ulla in ſchola diſputatur.* Et quis credat, de fundo emendo, de filia locanda, aliiſve hujuſcemodi negotiis olim conſuli ſolitos fuiſſe adoleſcentes? Quid quod apud veteres non alii, quam clariſſimi viri, magnoque rerum uſu præditi, & fere honoribus omnibus & reipub. muneribus perfuncti de jure civibus reſponſitabant, ut ex eodem Cicero-

Cicerone *lib. 1. de Orat.* diſcimus. Putarem itaque nec minorem 25. annis, qui titulum Doctoris juris adeptus eſt, ſi cauſa cognita captus eſſe deprehendatur, à ſolito auxilio removendum *arg. l. 1. C. qui & adv. quos. & arg. l. 1. in fin. ff. de minor.* quo loco Juriſconſultus ſcribit, non debere adoleſcentibus ante perfectam ætatem rerum ſuarum adminiſtrationem committi, quamvis bene rem ſuam gerentibus. Quantacunque enim, ut dixi, adoleſcentiæ tribuatur peritia, ſemper tamen obnoxia eſt captionibus, adjunctaque eſt huic ætati conſilii quædam infirmitas & inconſtantia, *odd. d. art. 7. Sarmient. 3. ſelect. interp. 12. Fachin. 3. contr. 5.* Arbitror tamen hoc reſtringendum eſſe ad captionem & læſionem in negotiis, quæ ad juris peritiam, quam adoleſcens profitetur, nihil attinent, puta ſi læſus ſit ignorantia facti, quæ excuſationem mereatur, & maximè in negotiis extra judicium, in emendo, vendendo, in quærenda aut collocanda pecunia, &c. Nam juris ignorantiam allegare cauſas in foro oranti nimis turpe eſt. *d. l. 2. §. Servius. de orig. jur.* veluti ſi errore juris exceptionem vel allegationem omiſit, quia putabat eam ad merita cauſæ non pertinere. Cum enim ſe juris peritum profiteatur, hîc deſiderium ejus reſtitutionem propter errorem petentis pugnaret è diametro cum ejus profeſſione: Eſt autem iniquum & incivile aliquid poſtulare quod diſcrepat & alienum eſt à profeſſione noſtra. *l. profeſſio. 6. C. de mun. patrim. lib.* 10. *l. in honoribus.* 8. §. *philoſophis. 4. ff. de vac. mun.* Unde etiam peritiam cujuſcunque artis, quam minor profitetur, reſtitutionem impedire circa negotia ejuſdem artis & profeſſionis ſtatuunt *Maurit. de reſt. in int. c. 223. Odd. d. art. 7. n. 32. & ſeqq.*

Digitized by Google

CAP. XIV.

An ſi inſtitutus beneficio ætatis contra aditionem hereditatis reſtitutus ſit, convaleſcat ſubſtitutio?

VUlgaris ſubſtitutio facta extraneo ſive puberi ſive impuberi poſt aditam hereditatem expirat. *l. 5. C. de impub. & al. ſubſtit.* Sed quid ſi inſtitutus heres, poſtquam adiit hereditatem, beneficio ætatis contra aditionem in integrum reſtitutus ſit, an hîc convaleſcet ſubſtitutio, ut jam ex ea admittatur ſubſtitutus? Communis interpretum ſententia eſt, ſubſtitutum admitti, dictam *l. 5. C. de imp. & al. ſubſt.* ſic interpretantium, ſi aditio duraverit: reſtitutione autem imperata omnia in priſtinum ſtatum reponi. *Gloſſ. Cyn. Salic. Don. & alii in d. l. 5. Zaſ. tract. ſubſtit. c. 1. verſ. ſecundo limitate. Merend. lib. 4. contr. c. 9.* Nec hanc ſententiam putant deſtitui auctoritate; proferuntque ad eam ſtabiliendam, *l. 2. §. 3. ff. de vulg. & pup. ſubſt. l. Iulianus. 42. pr. l. ſi minor. 61. ff. de acq. her. L. ex contractu. 44. ff. de re jud. l. 7. §. ſed et. 5. & §. ſed quod Papinianus. 10. ff. de minor. l. 1. §. antepen. l. 2. §. ſi bonorum 10. ff. ad ſen. Tertull.* quibus tamen locis an hæc ſententia ſatis probetur; magna ratio eſt, cur dubitem: ſed de eo mox videbimus. Duo ſunt loci, qui in contrariam ſententiam me trahunt, quod ſcilicet herede inſtituto poſt aditam hereditatem beneficio prætoris ſe abſtinente, ſubſtitutus non ſit admittendus. *l ult. ff. de ſucceſſ. edict.* & *d. l. 7. ſed quod Papinianus. ff. de minor.* quæ ab aliis pro contrariæ ſententiæ firmamento affertur. In *d. l. ult. ff. de ſucceſſ. edict.* expreſſe negat Papinianus, inferioris gradus cognatum beneficium edicti ſucceſſorii habere, cum prior cognatus ex propria parte bonorum poſſeſſionem accepit, licet ætatis beneficio facultatem abſtinendi poſtea conſecutus ſit. In *d. l. 7. §. ſed quod Papinianus. ff. de minor.* unus tantum caſus à ſententia Papiniani dicen-

dicentis, ſi minor, cui ſervus proprius ſubſtitutus eſt, poſt aditionem abſtinendi cauſa reſtitutus ſit, ſubſtitutum nec heredem nec liberum fieri. excipitur, ſi hereditas ſolvendo non eſt, idque non recto jure, ſed ex æquitate reſcripti D. Pii & Antonini, ne videlicet bona defuncti nomini veneant. Jam vero nihil eſt vulgatius, quam quod exceptio confirmat regulam in caſibus non exceptis. Neque alia ratione utitur juriſconſultus, quam quod ſubſtitutione ſemel per aditionem extincta ſubſtitutus amplius admitti non poſſit. Atque idem omnino dicendum eſt de pubere ſuo herede inſtituto, qui accepto ſubſtituto ætatis beneficio poſt immiſtionem abſtentus eſt. Ratio non eſt obſcura, quia non ſolum deficit conditio ſubſtitutionis inſtituto hereditatem adeunte, ſed etiam bono teſtatoris eſſe deſinunt & fiunt heredis, cujus reſtitutio alii prodeſſe non debet.

Examinemus jam & excutiamus ſingulos locos in contrarium prolatos. Primus eſt *l. 2. §. 3. ff. de vulg. & pup.* Sed iſte locus huc non pertinet: cum hic tractemus de ſubſtitutione vulgari facta extraneo aut filio puberi, illic de ſubſtitutione pupillari facta filio impuberi, & longe alia quæſtio illic decidatur, nempe ſi minor 25 annis heres inſtitutus poſt abſtentionem adeundæ hæreditatis gratia reſtitutus fuerit, confirmari tabulas primas & prætorem utiles actiones ex ſecundis ſubſtituto pupillari decernere; in quo utilitati conſulit non tam ſubſtituti, quam pupillorum. *l. Iulianus. 42. pr. ff. de acq. her.* qui quidem locus & ipſe pro contrariæ ſententiæ aſſertione affertur, ſed eam non magis juvat, quam ille proxime præcedens: quippe cum & iſto loco agatur de ſubſtitutione pupillari & admittendo ſubſtituto, etiam eo caſu, quo pupillus hereditate paterna ſe abſtinuit, & intra pubertatem mortuus eſt: unde hoc tantum probatur, quod vulgò dicitur, nuda ſui heredis, licet ſe abſtinentis, exiſtentiâ confirmari tabulas

pupil-

pupillares, aut potius paternas, ut ex pupillaribus admittatur ſubſtitutus. Speciem aliquam habet *l. ex contractu.* 44. *ff. de re jud.* Sed neque in *d. l.* 44. agitur de vulgari ſubſtitutione facta impuberi extraneo, aut puberi etiam ſuo, ſed impuberi ſuo heredi, quam ſubſtitutionem non extinguit immiſtio, ſi modo poſtea ſe pupillus abſtineat. Ratio eſt quia communi jure & ſine reſtitutione in integrum ſe abſtinet pupillus ſuus, qui ſe miſcuit. *l. in neceſſariis* 57. *ff. de acq. her.* Extraneus autem aut pubes, qui adiit aut ſe immiſcuit, contra aditionem aut immiſtionem, non reſtituitur niſi ſpeciali decreto prætoris cauſa cognita. *d. l.* 57. *in fin. pr.* quod beneficium non temere extra perſonam reſtituti in alterius favorem extendi debet. *l.* 3. §. *ſed utrum.* 4. *ff. de minor.* Dici quidem & illud probabiliter poteſt in *d. l.* 44. pupillam ſe non immiſcuiſſe, ſed nihil intereſt, Ex *l. ſi minor.* 61. *ff. de acq. her.* ſic argumentantur, ſi minoris adeuntis & poſtea reſtituti coheres ad portionem minoris volens admittitur jure accreſcendi: multo magis volens ſubſtitutus admittendus eſt; quia ſubſtitutio potentior eſt jure accreſcendi. *l.* 2. §. *ſi duo* 8. *ff. de bon. poſſ. ſec. tab.* At minoris adeuntis & poſtea reſtituti portio volenti coheredi accreſcit, *d. l.* 61. Reſpondeo, alia in propoſito eſt ratio ſubſtituti, alia coheredis: cui ſcilicet vel propter partem ſuam, quam acquiſivit, concedendum fuit totum agnoſcere, vel propter vacantem portionem, quam ut invitus agnoſcat, cogi non poteſt, à toto recedere.

Citatur pro contraria ſententia & *l.* 1. § *antepen. ff. ad SC. Tertull.* item *l.* 2. §. *ſi bonorum.* 10. *ff. eod.* quarum in priore ſi filius hereditatem matris adierit ex Orficiano, & per integrum reſtitutionem abſtentus fuerit, agnati matris vocantur ex jure antiquo. Verum id fit ex verbis ipſius ſenatuſconſulti, quæ extenſiva ſunt, & limitant jus adeundi hereditatem maternam, ut non obſtet agnatis, niſi filius cum

Digitized by Google

cum effectu heres ſit. *d. l.* 1. §. *antepen. l.* 6. §. 1. *eod.* Eodemque modo reſpondendum ad alteram nempe *l.* 2. §. 10. *eod.* ubi ſi filius adierit ex jure antiquo & reſtitutus ſit, mater admittitur ex Tertulliano, ex verbis ſcilicet ſenatuſconſulti, quæ & ipſa extenſiva fuiſſe credibile eſt. Ad *l.* 7. §. *ſed quod Papinianus.* 10. *ff. de minor.* jam ante reſpondimus, eam aperte confirmare noſtram ſententiam, cum unus duntaxat caſus ibi excipiatur in ſervo neceſſario minori ſubſtituto, ſi hereditas ſolvendo non ſit. Atque hujus ſententiæ auctores habeo Cujacium & *Buſ. in d.* §. *ſed quod Papinianus. Duar. in comm. ad tit. de vulg. & pup. ſubſtit. Govean.* 2. *var. lect.* 13. *c.* 10. *Perez ad tit. C. de impub. & al. ſub. n.* 7. *Bachov. ad Trent. l. vol.* 2. *diſp.* 11. *th.* 7. ubi & bene reſpondet objectioni deſumptæ ex vulgata illa regula, reſtitutione conceſſa omnia in priſtinum ſtatum reponi: nempe hanc regulam eò duntaxat pertinere, ut intelligamus eum quoque, contra quem minor reſtituitur, propterea quod in negotio gerendo læſus ſit, in priſtinum ſtatum reponendum eſſe: hoc autem noſtro caſu reſtitutionem magis in rem fieri videri; neque minorem reſtitui adverſus ſubſtitutum; imo nec propriè & verè loquendo ſubſtitutum poſſe dici à minore læſum.

Excluſo autem ſubſtituto quæritur, utrum hereditas, ad legitimum ſucceſſorem pertineat, an fiſco vindicetur, illud placet Duareno & Bachovio, hoc Cujacio, Goveano & Buſio: quorum ſententia videtur verior: quoniam excluſo ſubſtituto, multo magis excluſi intelliguntur venientes ab inteſtato; cum utique cauſa teſtamenti potior ſit ſucceſſione ab inteſtato. Deinde quia bona iſta per aditionem heredis, teſtatoris bona eſſe deſierunt, ut ad ea legitimi ejus heredes admitti nequeant. Quapropter dicendum bona iſta quaſi vacantia fiſco deferri: & hoc ſatis abundeque probat *l. ult ff. de ſucceſſ. edict.*

CAP.

Digitized by Google

CAP. XV.

An auth. Sacramentum puberum. C. ſi adv. vend. *pertineat tam ad contractus invalidos, quam ad validos ipſo jure?*

Extat conſtitutio Frederici Imperatoris *l. 3. Feudor. tit.* 53. §. 3. quæ inde tranſlata in Codicem Juſtinianeum ſub *tit. ſi adverſ. vend.* in hæc verba; *Sacramenta puberum ſponte facta ſuper contractibus rerum ſuarum non retractandis, inviolabiliter cuſtodiantur. Per vim autem, vel juſtum metum extortæ etiam à majoribus (maximè ne querimoniam maleficiorum commiſſorum faciant) nullius eſſe momenti jubemus.* Quæſitum autem eſt, an hæc Frederici conſtitutio pertineat tam ad contractus invalidos, quam ad validos ipſo jure, & adverſus quos puberibus extra cauſam jurisjurandi neceſſaria reſtitutio? Ait Martinus & Citramontani: negat Bulgarus & Ultramontani: atque hæc lis totam juriſprudentiæ ſcholam conturbavit. Ego Martini ſententiam veriorem eſſe puto: & nullus dubito, quin Fredricus ſecutus auctoritatem juris Canonici, quod juramentis favet & cujus auctoritas tunc maxima erat, novi aliquid juris & Canonico conſentaneum ſtatuere voluerit, utcunque *l.* 1. *C. eod. tit.* cui *d. auth.* ſubjecta eſt, ad contractus jure validos tantum pertineat. E enim illi demum actus jure Canonico ſimpliciter prohibiti & invalidi ſunt, qui offendunt pietatem & nutriunt peccatum, ſuper quibus jurare & ipſum peccatum eſt, & gravius peccatum, quod juraveris, ſervare. Et cum igitur jure civili minores reſtitui poſſent, etiam adverſus ea, quæ rite geſta per tutores & curatores *tit. C. ſi tut. vel cur. int.* imo licet ex decreto judicis geſta eſſent, puta prædium minoris ex decreto venditum. *l. ſi quidem* 11. *C. de præd. min.* Imperator Alexander in *l.* 1. *C. ſi*

adv. vend. excepit, niſi iſti contractus juramento ſint confirmati. Cæterum loquitur Alexander de contractibus validis. Fredericus autem hoc adjecit, ut etiam contractus invalidi à minore celebrati jurejurando accedente confirmentur. Non tamen utique omnes, ſed ii tantum qui invalidi ſunt, propter ſolam ætatem, qui ſi à majoribus geſti eſſent, jure rati forent & efficaces, veluti ſi minor ſine curatoris conſenſu contrahendo ſe aut res ſuas obligavit, aut alienavit, aut res ſoli ſine decreto diſtraxit. Sed & ſi lex civilis conventionem, quæ ratione objecti eſt ἀδιάφωρος, privatæ tantum utilitatis contemplatione valere non patiatur, qualis eſt donatio inter conjuges, & quæ excedit quingentos ſolidos, renuntiatio futuræ ſucceſſionis, tranſactio facta de rebus teſtamento relictis, non inſpectis teſtamenti tabulis, &c. ad talem quoque conventionem *d. auth.* pertinere arbitror, eamque juramento à minore confirmatam inviolabiliter ſervandam, perinde ac jure Canonico obtinet in majoribus: ſiquidem eo jure & defectum ætatis juramentum ſupplet, & ſponte præſtitum omne ſine exceptione ſervandum, quod nihil impietatis, turpitudinis, aut iniquitatis continet. *C. quamvis. de pact. in* 6. At ſi actus aliquis aut contractus à majore celebratus ideò non valet, quia tendit ad injuriam aut detrimentum alterius, qualis eſt renuntiatio ſenatuſconſulti Macedoniani, alienatio fundi dotalis, aut rei, cujus uſus fructus penes patrem eſt, talem contractum à jurejurando robur accipere nec Canones patiuntur, quamvis à majoribus interpoſito: ac multo minus, ſi conventio ideo improbetur, quia naturâ turpis eſt, & contra bonos mores, ut loquuntur, juris Canonici: quoniam jusjurandum non debet eſſe vinculum turpitudinis aut iniquitatis. *C. 1. ext. de jurejur. C. inter cętera. 22. quæſt.4. C. non eſt obligatorium de reg. jur. in* 6. atque in eo jus canonicum

&

& civile inter ſe conveniunt. *l. 7. §. &. generaliter. 16. ff. de pact.* Itaque quamvis *d. auth.* non pertineat ad negotia omnibus prohibita jure communi, nec ad actus vetitos ex naturali & perpetua cauſa, putamus tamen eam quoque pertinere ad negotia, quæ jure ſpeciali certis tantum perſonis prohibita propter privatum aliquod incommodum, licet ſecus ſit jure civili. *l. 5. C. de legib.*

Urget in contrarium Bulgarus verba *d. auth. ſuper. contractibus rerum ſuarum non retractandis.* Sed non oportet verba captare præſertim in conſtitutione Principis Germani: & interdum illa quoque retractari & revocari dicuntur, quæ de facto proceſſerunt, licet de jure effectum non ſint ſortita. *l. 5. C. de reſc. vend. l. 1. C. qui man. non poſſ. junct. pr. Inſt. qui & ex quib ca man.* Illud futile eſt, quod quidam objiciunt, eccleſiam eodem jure, quo minores cenſeri, quæ tamen adverſus contractus juratos prælati vel epiſcopi reſtituatur. *C. 1. de reſt. in integr. in 6. C. præſertim. de teſtib. in 6.* quaſi vero unquam quiſquam negaſſet minori concedendam eſſe reſtitutionem adverſus contractum juratum curatoris ſui! Objicitur denique, quod minor ſine cura ore ſuo non poteſt aut creditori ſuo jusjurandum deferre, ut ſe obliget, aut debitori, ut eum liberet. *l. nam poſtea quam. 9. §. ſi minor. 4. l. jusjurandum. 17. §. 1. ff. de minor.* unde dicendum videtur nec permittendum ei eſſe, ut ſine curatore ipſe ſe per jusjurandum obliget, & conditionem ſuam faciat deteriorem. Reſpondeo, cum leges jusjurandum à minore deferri nolunt, id eas quidem agere, ut extra damnum eum conſervent, verum ita ut nullam impietatem ejus foveant; quam non fovent, ubi non ipſe minor, ſed creditor ejus aut debitor jurant. At ſi juramentum ab ipſo minore præſtitum violari paterentur, à damno quidem eum liberarent, ſed impietatem ejus foverent. Præſtat autem damno eum affici, quam impium fieri.

Quamvis autem hæc ita probaliter pro tenore hujus *auth.* diſputari poſſunt, ea tamen pleriſque nimis rigida & infirmæ ac captionibus expoſitæ ætati pernicioſa viſa eſt: diciturque Henricus ſeptimus, filius Frederici, cui Papa Honorius tertius hanc *auth.* extorſit eam aboliturus fuiſſe, niſi morte fuiſſet præventus. Ut ut ſit, vix ullibi locorum recepta eſt. videſis *Buſium ad l. 13. ff. de minor. Gudelin. lib 3. de jur. noviſſ. c. 14. Chriſtin. vol. 2. deciſ. 125. & vol. 5. deciſ. 225. Groeneweg. de legib. abrog. ad h auth. & ibi alleg. Ant Fab. C. ſuo for. tit. de in int. reſt. min. & tit. ſi adv. vendit.*

CAP. XVI.

Utrum unum tantùm, an duo ſint genera arbitrorum ſimilitudinem judicum habentium?

JUdicium dividi ſolet in neceſſarium & voluntarium: cæterum hæc diſtributio non eſt generis univoci, ſed πρὸς ἕν. Nam arbiter proprie judex non eſt, cum privatorum conſenſus judicem non faciat. *l. 3. C. de juriſd.* ſed partes judicis ſuſcipere dicitur. *l. Pomponius. 13. §. 2. ff. de recept. arbitr. l. rem non novam. 14. C. de judic.* & arbitria ad ſimilitudinem judiciorum redigi, judicia imitari. *d. l. 14. L. 1. ff. de recept. arbitr.* Nimirum præter judicium proprie dictum, quod omne neceſſarium eſt, & eorum, qui publica judicandi auctoritate præditi ſunt, eſt & voluntaria quædam contendendi ratio extra juriſdictionis neceſſitatem poſita apud eos, ad quos ex conſenſu & compromiſſo itur, qui judices compromiſſarii & plerumque arbitri nominantur; quæ & ipſa ad ſopiendas lites pertinet. *d. l. 1.* Hoc voluntarium judicium ex re arbitrium, ex facto litigatorum compromiſſum appellatur: quia litigatores compromittere, id eſt, ſimul & invicem pœnam promittere ſolent, ſi quis eorum ſententiæ arbitri non

Digitized by Google

non ſtiterit. *l.* 3. §. 2. *l. litigatores.* 11. §. 1. *ſeq. ff. eod. tit. l.* 1. *C. eodem.*

Duo autem genera arbitrorum Interpretes noſtri ferè faciunt, quorum unum ſit eorum, qui propriè arbitri, alterum, qui arbitratores dicuntur, *arg. l. ſocietatem.* 76. *ff. pro ſoc.* quorum illi tanquam judices ſervato judiciorum ordine procedant, hi ſine ſolennibus litem amicè ex bono & æquo componant. *vid. Gail.* 1. *obſ.* 150. Sed ego exiſtimo totum hoc eſſe commentitium & à ratione juris civilis plane alienum; quod & jam olim ſuſpicatus eſt Jacobus teſte *Bart. in d. l. ſocietatem. ff. pro ſoc.* & ex recentioribus aperte docuit Coraſius *lib.* 4. *miſcell. cap.* 18. ac noviſſimè ſolide demonſtravit Bachovius *ad tit. ff. de recep. arbitr. c.* 1. *n.* 2. Etenim nuſquam, legimus arbitratorem adhiberi, ut judicem, ad controverſiam aliquam ſine forma judicii ſua ſententia dirimendam, ſed tantum intervenire & adhiberi ut nudum mediatorem, idque in actibus extrajudicialibus & contractibus, cum de re aliqua inter ipſos contrahentes non convenit: veluti ſi in contractu ſocietatis partes ſociorum, in emptione pretium, in locatione merces certæ perſonæ arbitrio definienda permittatur, *l. ſi coita ſit.* 75. *cum ſeqq. ff. pro ſoc. l. ult. C. de contr. empt. l. ſi merces.* 25. *pr. ff. locat.* aut ſi modus reſtituendi. *l. ſi quis* 43. *ff. de verb. oblig.* vel legati relicti quantitas, vel aliquarum rerum electio, vel monumenti effectio in arbitrium alicujus conferatur, *l.* 1. §. 1. *de legat.* 2. *l.* 6. *ff. de cond. & dem. l. ult.* §. 1. *C. comm. de legat.* Nullus autem locus dari poteſt, quo lis aliqua arbitratoris interventu deciſa dicatur. Et ideo dubitandum non eſt, quin etiam die feſto arbitrator, quod ſibi videtur, ſtatuere poſſit. *arg. l.* 8. *C. de feriis.* quamvis arbiter tali die, non magis quam judex, poſſit ſententiam ferre. *l.* 3. *l.* 7. *C. eod.* Sed & cum arbitrator aliquid ſtatuit, quod manifeſtè iniquum eſt, ad arbitrium

boni viri, id eſt, judiciis res redigi, conſtitutoque judicio pronuntiatum corrigi poteſt, & nimirum per ordinariam actionem vel exceptionem. *d. l. ſocietatem. & l. unde ſi Nervę. 79. ff. pro ſoc.* adeoque etiam in contractibus ſtricti juris. *l. ſi libertus. 30. ff. de oper. libert. l. 1. §. 1. ff. de legat. 2. Donel. ad d. l. ſi quis. 43. ff. de verb. obl. n. 16. Bachov. d. loc.* ut fruſtra diſputent Doctores in *d. l. ſocietatem.* quis judex hic pro reductione adeundus ſit. Nihil itaque commune habent arbitratores iſti cum arbitris compromiſſariis: nam neque arbitrium dicere, ſi nolint, coguntur: & tunc velut conditio contractus deficit, id eſt, non recurritur ad arbitrium alterius, quaſi arbitrium boni viri electum eſſet, ſed nihil actum eſſe intelligitur. *d. l. ſi coita. 73. ff. pro ſoc. d. l. ult. C. de contr. empt. d. l. ſi quis. 43. ff. de verb. oblig.* quanquam in teſtamentis, in quibus plenius voluntates interpretamur, *l. 12. ff. de reg. jur.* contrarium obſervetur, & ſive is in cujus arbitrium legatum collatum eſt, arbitretur, ſive arbitrari nolit aut non poſſit, ſemper legatum utile ſit, quaſi collatum in boni viri arbitrium. *l. 1. §. ff. de legat. 2. L. 3. §. 1. C. comm. de legat.* Sed neque arbitratores hi uſquam dicuntur recepti, neque ad eos pertinet edictum prætoris de his qui arbitrium receperunt, ut ſententiam dicant. Unde intelligimus, inanem quoque eſſe interpretum diſputationem quærentium quamdiu & uſque ad quod tempus reductio ab arbitramento arbitratoris peti poſſit, licet Bartolus in *d. l. ſocietatem n. 22.* dicat quæſtionem hanc requirere deciſionem Principis. Nam cum jus petendi reductionem à pravo & manifeſte iniquo arbitratoris arbitrio ad arbitrium boni viri ſit perſonale & petatur per actionem ordinariam, conſequens eſt illud jus non niſi triginta annorum ſpatio præſcribi *per l. 3. C. de pręſcr. 30. annor.* A ſententia autem arbitri compromiſſarii, quam barbaro vocabulo laudum ap-

appellant, reductio petenda eſt intra decem dies, ut in appellatione fieri debet, cujus ea reductio quædam ſpecies eſt. *l. pen. verſ. ſin autem poſt ſententiam. C. de recept. arbitr.* Tractatur hæc quæſtio apud *Gail. lib.* 1. *obſ. c.* 150.

Cap. XVII.

An litis conteſtatio aliter, quam negativè ex parte rei fieri poßit?

ANtiquitus certæ actionum defenſionumque formulæ à jureconſultis erant compoſitæ. *l.* 2. §. *deinde.* 6. *ff. de orig. jur.* quas neceſſe erat in jure apud prætorem præeuntibus jureconſultis à litigatoribus pronuntiari, quibus qui vel ſyllaba deerraſſet, cauſa cadebat, de quo adi *Pet. Fabr.* 1. *ſemeſtr.* 21. *Ravard. c.* 2. *de auct. prudent.* Negotio autem ſolenniter expoſito, in id, quod intendebatur reſpondebaturque, teſtes ultro citroque adhibebantur, unde litis conteſtationis nomen, auctore Feſto in voce *conteſtari. add. Cujac. lib.* 9. *obſ.* 21. *Pet. Fabr.* 2. *ſemeſtr.* 24. *Ravard. lib. ſing. pro tribunal. c.* 11. A magiſtratu, qui aditus erat, exigebatur, ut judicium conciperet, & litigatoribus poſtulantibus daret, id eſt, agendi poteſtatem faceret. Id perficiebatur hac formula judicii reddita, ſiquidem ipſe prætor rem ſuæ cognitioni reſervabat; *Si paret Titium Mævio dare facere oportere, de eo judicium eſt, quo Titius condemnetur.* Quod ſi alium judicem prætor dabat, quod plerumque faciebat, pro his verbis, *judicium eſt*, dicebat verbi cauſa, *Aquilius Iudex eſto, & Titium condemnato.* Reddebatur autem judicium eodem tempore, quo lis conteſtabatur, unde factum, ut in uſu juris idem exprimant poſt litem conteſtatam & poſt judicium acceptum: nec antè conteſtatio pro juſta habebatur, quam judicio eſſet incluſa. Dato autem judice & judicio ordinato utraque pars invicem denuntiabat, ut ad

Digitized by Google

judicem datum venirent, & ad eos, qui propter tribunal aſſiſtebant, hæc verba pronuntiabant, *Teſtes eſtote, &c.* iiſque verbis dicebantur actor & reus litem conteſtari. Apud Prætorem igitur conteſtatio fiebat: judicis autem officium lite demum conteſtata incipiebat. *l. ſi reus 73. ff. de proc.* de quo fuſius Rævardus ubi ſupra. Hæc monuiſſe vel eo conducit, ut ratio loquendi, quæ inde nata eſt, intelligatur. Nam ut prætor judicium dabat, reddebat, conſtituebat, ita litigatores judicium accipere, ſubire, ſuſcipere dicebantur, cum poteſtatem cauſæ agendæ à prætore impetraſſent. *l. 2. §. 3. l. 3. l. ſed & ſi 52. ff. de judic.* atque ex eo eſt, quod judicio dicitur contrahi *l. 3. §. idem ſcribit. 11. ff. de pecul.* Cæterum hæ formularum anguſtiæ una cum actionum impetrationibus pridem ſublatæ ſunt *tit. C. de form. & impetrat. act. ſublat.* Teſtationis quoque ſolennitatem etiam multo ante ſublatam fuiſſe arguit *l. un C. de lit. conteſt.* ut deinceps nihil ad rem pertineat, quibus verbis quave formula quis agat, dummodo verbis utatur aptis & rei propoſitæ convenientibus, ſolaque maneat nunc litis conteſtatio, quæ cedat pro judicio dato & conſtituto, cum judex per narrationem negotii cauſa audita decernit, ut in eam rem probationes afferantur. *d. l. unic.* quæ cum ſit Severi & Antonini, apparet jam tum veterem conteſtationem in uſu non fuiſſe.

Cum autem ad litis conteſtationem hæc requirantur, propoſitio actoris, & ad eam propoſitionem reſponſio ſive contradictio rei. *l. 2. pr. C. de jurejur. propt. calumn. l. rem non novam. 14. §. 1. C. de judic.* rectè mihi ſentire videntur, qui aſſerunt litis conteſtationem à parte rei non aliter, quam negative fieri poſſe. Nam cum intentio actoris ſemper ſit affirmativa, neceſſariò ſequitur litis conteſtationem, quæ in contradictione poſita eſt, non niſi in negatione à parte rei conſiſtere poſſe. Ac proinde veriſſimum

Digitized by Google

num eſt, quod *Vigel. c. 1. de lit.. conteſt. Obrecht. c. 2. n. 16.* docent, per ſimplicem confeſſionem rei nunquam induci poſſe litis conteſtationem, quoniam ubi lis non eſt, nec fingi poteſt litis conteſtatio: lis autem eſſe non poteſt, niſi unus affirmet, alter neget. Denique qui ultrò ſe hoſti dedit, certare velle dici non poteſt: Itaque nihil hîc reſtat, quam ut judex confitentem ſolvere jubeat, & ad id terminum ſtatuat, ut bene *Salic. in d. l. un. C. de lit. cont. n. 10.* Dixi autem per confeſſionem ſimplicem: ſecus enim eſt, ſi confeſſio implicitam habeat vel præſumptive ſecuturam & reſervatam contractionem, veluti ſi confeſſus nihilominus ad ulteriora procedi poſtulet.

Objicitur hic nobis *d. l. 2. C. de jurejur. propt. cal. dand.* ubi ad litis conteſtationem deſideratur duntaxat narratio actoris & reſponſio rei: unde colligunt qualemcunque reſponſionem rei ad litem conteſtandam ſufficere, ſive ea in affirmando ſive in negando conſiſtat. Sed hanc collectionem quis pro bona accipiat, & non potius dicat talem ibi intelligi à parte rei deſiderari reſponſionem, qualem litis conteſtatio & contradictio exigit? Fallitur quoque *Goedd. in l. litis 36. ff. de verb. ſign.* dum per objectionem exceptionis confeſſioni ſubjectam litis conteſtationem affirmative à reo fieri putat, veluti ſi dicat, fateor, ſed pactus es, ne petas: talis enim objectio vi ipſa in ſe continet debiti & intentionis negationem: ſiquidem negatio aut affirmatio non ex verbis rei, ſed ex intentione actoris in propoſito æſtimanda eſt. Quid quod nec per ſimplicem exceptionis objectionem videtur induci litis conteſtatio, per *c. 1. & 2. de lit. conteſt. in 6.* Nam utique lis omnis & omne certamen in contradictione conſiſtit: nuda autem exceptionis objectio contradictionem non parit; quoniam utrumque verum eſſe poteſt, & quod actor intendit ſibi deberi, & quod reus

Digitized by Google

reus excipit, pactum intervenisſe. Plane ſi actor hic non conſiſtat, ſed replicando ſe pactum eſſe neget, jam quidem lis certo conteſtato eſt, & quidem affirmante reo, actore negante: ſed hic reus excipiendo & aſſerendo vices ſubit actoris, actor replicando & negando rei. *l. 1. ff. de except. l. in exceptionibus. 19. ff. de probat.* Sed & ſi reo excipiente actor porro in cauſa procedi poſtulet, ſatis eo ipſo exceptioni rei contradicere videtur, & quod à reo dictum eſt, reſolvitur in puram negationem: atque hactenus eorum ſententia defendi poteſt, qui ſtatuunt per objectionem exceptionis introduci litis conteſtationem. Illud omni dubio caret, per objectionem exceptionis, quam vocant deficientis actionis ſtatim induci litis conteſtationem: veluti ſi reus confiteatur quidem actionem aliquando actori competiiſſe, ſed eam nunc ei competere neget, quia actio ipſo jure ſublata ſit, puta ſolutione, acceptilatione, rei interitu: cæterum talis allegatio proprie exceptio aut depulſio non eſt, ſed inficiatio cum novi facti affirmatione conjuncta: inter quam & ſimplicem inficiationem hoc tantum intereſt, quod ſimplex inficiatio nihil aperte in judicium deducit, neque ulla hîc incumbit neganti probatio. In conjuncta autem novi illa facti affirmatio in judicium deducitur, ac proinde à reo probanda eſt. *l. 1. C. de probat.* ſed litis conteſtationem æquè inducit, ac ſimplex illa & mera facti inficiatio, quia principaliter eò ſpectat, ut oſtendatur verè negare reum actionem actori competere, in quo omnes interpretes conveniunt,

CAP.

CAP. XVIII.

An in controverſiis de poſſeßione aut rei proprietate ſolus locus rei ſitæ ſit forum competens, an vero & locus domicilii rei?

INter conditiones idonei judicis una eſt, ut ſit competens. Competentem judicem ſic generaliter definimus, cujus de ea re, qua de agitur, notio eſt, ac proindi apud quem quis agere vel convenire debeat, ſive cujus ſit forum competens, hoc eſt, litigatorum proprium. Forum autem competens aut eſt ex partium conſenſu, & prorogatione juriſdictionis, aut ex ſola juris auctoritate. De foro ex conſenſu partium ſunt textus in *l. 1. & 2. ff. de judic. l. ſi convenerit. 18. ff. de juriſd.* Juris auctoritate & invitus quiſque forum ſortitur, tum ubi domicilium habet, tum ubi contracta eſt obligatio aut crimen commiſſum, tum ubi res ſita eſt, de cujus poſſeſſione aut proprietate agitur. *l. heres 19. §. 1. §. 2. & ult. ff. de judic. l. 2. C. de juriſd. l. ult. C. ubi in rem act. l. un. C. ubi de poſſ. l. un. C. ubi de hered. l. 1. & l. 2. C. ubi de crim.* Igitur etiam res, ut dixi, ſi de ejus poſſeſſione aut proprietate agatur, ſubjicit poſſeſſorem juriſdictioni ejus judicis, in cujus territorio res ſita eſt, quamvis neque domicilium ibi habeat, neque ibi contraxerit. *d. l. un. C. ubi de poſſeſſ. d. l. ult. C. ubi in rem act.* Hic enim non tam perſonæ, quam rei ratio habetur: & ideo quoque ſuperiorem eodem reſpectu inferioris juriſdictionem ſubire, & Academicum de re in loco ſtudii ſita conventum ad Rectorem revocare non poſſe plerique tradiderunt. *Monarch. pr. jud. p. 2. c. 6. num. 60. Vult. ad. l. un. C. id quib. ca. milit. for. præſcr.* eademque ratione receptum eſt, ut ex hac cauſa etiam clericus coram judice ſeculari conveniri poſſit. *Gail. 1. obſ. 37. n. 4 Mynſing. 1. obſerv. 22.*

Sed quæritur, an præter illum locum, ubi res ſita eſt, ſi etiam alius, ubi quis de poſſeſſione aut proprietate rectè conveniatur, nimirum locus domicilii. Et ſiquidem de poſſeſſione, aut proprietate recte conveniatur, nimirum locus domicilii. Et ſi quidem de poſſeſſione ut de ea primum dicam, momentaneo proceſſu, qui extraordinarius eſt, agatur, veluti in caſu. *l. ſi coloni.* 14. *C. de agric. & conſit. lib.* 11. aut ſimili, vix crediderim locum eſſe alium, qui forum tribuat, quam rei ſitæ; eo quod proceſſus ille momentaneus ob id inſtituitur, ne partes ad arma deveniant, quod ſolet fieri in ipſo loco, ubi res de cujus poſſeſſione contenditur, ſita eſt, & ne fiat, ſolius judicis, in cujus territorio ſita eſt, intereſt. At vero ſi ordinario proceſſu de poſſeſſione agatur, probarem communem Doctorum ſententiam exiſtimantium etiam alibi quam in loco, ubi res ſunt ſitæ, de poſſeſſione agi poſſe, & nimirum eo in loco ubi conveniendus habet domicilium; idque reo etiam invito, ut actori facultas ſit eligendi utro loco reum convenire volet, quanquam actualem poſſeſſionem nemo nanciſci niſi in loco rei ſitæ poteſt. *l.* 1. §. *pen. ff. de acq. her. l. un. pr. C. ubi de hered. ag.* adde quæ *Groenevv. tract. de leg. abrog. ad tit. C. ubi de poſſ.* Atque hæc ſententia tot locis probatur, quot legimus domicilium tribuere cuique forum competens, & actorem ſequi forum rei, quacunque actione agatur, ut diſerte reſcriptum eſt in *l. ult. C. ubi in rem act.* id autem ſemper habet reus in loco domicilii. Unus fere Donellus *lib.* 17. *comm. cap.* 17. ab hac ſententia receſſit contendens non ſolum de poſſeſſione in loco, ubi res eſt, agi poſſe, ſed etiam ibi agi debere, ſi reus ibi ſecum agi poſtulet: ſolum hunc locum neceſſitati ſubjiciens; locum autem domicilii relinquens, non ut interpretes communiter, arbitrio actoris, ſed rei, *arg. l. un. C. ubi de poſſ.* Sed ad iſtam legem bene reſpon-

reſpondetur vulgo, loqui eam duntaxat de foro proprio & ſpeciali; ac proinde per iſtum textum non excludi forum omnium actionum commune, in quo ſcilicet, quiſque conveniri poteſt quacunque ex cauſa, quale tribuit locus domicilii. *lib. 2. C. de juriſd. l. ult. C. ubi in rem. act.* Sic in *l. un. C. ubi fideic. pet.* dicitur fideicommiſſum ibi petendum eſſe, ubi hereditas relicta eſt, non quod alio loco peti non poſſit; ſed quia eo loco conventus agenti præſcribere non poteſt. *l: ſi fideicommiſſum. 50. §. ult. cum l. ſeq. ff. de judic.* Objicit Donellus & difficultatem quandam, atque incommodum quod circa executionem ſententia lata ab alio judice, quam cujus in territorio res ſitæ ſunt, patit: quam eandem difficultatem movet & in articulo ſequenti cum de rei proprietate contenditur, ubi ad eam reſpondebimus.

In controverſiis quoque de proprietate ſive actionibus in rem ſpeciale forum tribuit locus, in quo res, de quarum proprietate lis eſt, conſtitutæ ſunt, quamvis poſſeſſor ibi domicilium non habeat. *l. ult. C. ubi in rem. act.* Eſt autem & hic conſtans fere omnium Interpretum ſententia, poſſe pro arbitrio petitoris actionem in rem moveri vel in loco domicilii poſſeſſoris, ut foro omnium actionem communi vel in loco, ubi res, de quibus contenditur, conſtitutæ ſunt, per text. expreſſ. in *d. l. un. C. ubi in rem. act. l. un. C. ubi de her. ag. Fac. l. 10. cum l. ſeq. ff. de rei vind.* Sed hîc item Donellus, ut nunc loqui amant, ſingularis eſt, aſſerens in actionibus in rem nullam domicilii rationem haberi, ſed unum tantum eſſe forum rei, locum ſcilicet ubi ſitæ ſunt; ibi reum conveniendum eſſe, ibi ſe defendere debere: conventum in loco domicilii non cogi judicium pati. Dictum autem textum in *l. ult. C. ubi in rem act.* cavillatione quadam eludere conatur: eo quod Imperatores ibi non ſimpliciter permittunt actio

actionem in rem moveri, ubi res conſtituta eſt, ſed moveri jubent, quaſi verbis iſtis neceſſitatem ibi agendi imponant. Si hoc unum juberent Imperatores, recte argumentaretur Donellus: ſed cum vel ipſo fatente duo jubeant, primum actorem rei forum ſequi debere, quacunque actione experiatur, ſive in rem, ſive in perſonam, atque per hoc forum eodem quoque fatente non aliud intelligi poſſit, quam quod reus ſortitur ex loco domicilii ſui. Deinde ſi in rem agatur, etiam ibi ubi res conſtituta eſt, agi jubeant *verſ. ſed & in locis. d. l. ult.* quis non videt duo diverſa loca ab Imperatoribus poni, quibus in rem actio moveri queat, & forum poſſeſſor ſortiatur, locum domicilii, quaſi forum commune actionum omnium; & locum rei ſitæ, ut forum actionem in rem proprium? Præcipuum autem opinionis ſuæ fundamentum ponit Donellus in *l. quod legatur. 38. ff. de judic.* & ſane aperte Juriſconſultus illic ait, ſi per in rem actionem legatum petatur, ibi peti debere, ubi res eſt: ſed non dubito, quin id ſpeciale ſit in re legata, eo quod legatario ſufficere debeat, ſi hæres, à quo legati præſtandi neceſſitas non cœpit, eo in loco ubi res eſt, offerat ſolutionem, de qua etiam & ipſa rei legatæ præſtatione præcipuè Juriſconſultus tractat: ut proinde non male reſponderi poſſe videatur, id quod Juriſconſultus ait, *etiam ibi peti debet, ubi res eſt*, vim & effectum ſolutionis reſpicere: quia ſi alibi petatur, hæres tamen eo loco, ubi res eſt, eam ſolvere poteſt. quanquam alii aliter. *Accurſ. in d. l. 38. Duar. ad tit. de judic. c. de for. compt. Hotom. lib. 3. obſ. 7.* Fuſe *Vultej. ad l. un. C. ubi fideic. pec.*

Quæ porro hîc incommoda Donellus objicit, nimirum facile evenire poſſe, ſi poſſeſſor in loco domicilii conventus, jubeatur rem, quæ alibi ſita ſit, reſtituere, ut nova lite pro rei executione opus ſit, ea objectio non eſt magni momenti. Nam præterquam quod omnes magiſtratus inferiores mutuam

ſibi

ſibi operam præſtare debent, conſiderare debuit Donellus, incommoda hæc non tam eſſe poſſeſſoris, cui etiam commodius eſſe ſolet in loco domicilii ſui conveniri, quam petitoris, qui ſibi imputare debet, quod maluit cum incommodo ſuo agere in loco domicilii poſſeſſoris, quam rei ſitæ. Quid quod idem incommodum etiam in actionibus in perſonam metui poteſt, in quibus & ipſis plerumque res aliqua præſtanda venit, & quæ ob eandem cauſam & ipſæ in loco rei ſitæ duntaxat intentari deberent. Poſtremo, quod apprime notandum, non eſt ex ratione juris Romani in judiciis realibus ordinaria hæc procedendi atque exequendi via, ut poſſeſſori reſtituere juſſo, nec parenti res ipſa manu militari auferatur, ſed ut damnetur, quanti petitor in litem juraverit. *l. ejus rei. 46. & l. ſeq. ff. de rei vind. l. 5. l. tutor. 8. ff. de in lit. jur.* quamvis id moribus Galliæ & noſtris vix obſervetur. *Zypæ. in not. jur. Belg. de jurejur.*

CAP. XIX.

An querela inofficioſi teſtamenti ſit ſpecies petitionis hæreditatis?

TEſtamentum inofficioſum eſt, in quo liberi aut parentes, aut fratres & ſorores contra officium pietatis vel exheredati ſunt immerito, vel immerito præteriti; modo teſtamentum jure conſiſtat, & nec his debita legibus portio relicta ſit. Quod teſtamentum ut inofficioſum accuſare poſſunt, & poſtulare, ut id tanquam tale reſcindatur, qui inique ſe exheredatos aut præteritos queruntur, hoc colore quaſi non ſanæ mentis fuerit, qui teſtamentum ordinavit. *l. 2. l. 5. §. 1. l. Titia. 13. ff. de inoff. teſtam.* & *pr. Inſt. eod.* ac proinde quaſi teſtamenti factionem non habuerit. *l. qui repudiantis. 17. § 1. ff. eod.* qui color hic quæſitus fuit, ne ſani hominis teſtamentum impugnari videretur contra auctoritatem legis duodecim

cim tabularum, quæ liberam undiquaque teſtandi poteſtatem patrifam. concedit. *l. verbis.* 120. *ff. de verb. ſign. pr. Inſt. de leg. Falc.* Pro eodem autem dicunt veteres, agere, queri de inofficio, arguere, accuſare, dicere inofficioſum; quæ legentibus paſſim in titt. hujus argumenti obvia, ut & nomina querelæ, actionis, accuſationis: nullo tamen nomine crebrius hoc judicium deſignatur, quam querelæ. Quid ergo, eſtne querela & ipſa actio? Sane eſt; licet plerique ſtatuant non eſſe, ſed remedium aliquod ab actione ſeparatum, ſive implorationem tantum officii judicis nobilis, ut loquuntur, eo pertinens, ut teſtamentum reſcindatur, quo reſciſſo demum agi & hereditas vindicari queat. Sed non eſt quod dubitemus affirmare, quod tot locis ſcriptum eſt, querelam ipſam actionem ſeu petitionem eſſe, perque eam ſic impugnari teſtamentum, ut ſimul vindicetur hereditas. Qui dicit inofficioſum, eum Papinianus ait hereditatem petere. *l.* 8. §. *quoniam.* 8. *ff. de inoff. teſtam.* Scævola petitionem hereditatis exercere. *l. qui de inofficioſo.* 20. *ff. eod.* Paulus in *l. eum qui.* 21. §. 2. *ff. eod.* ait per querelam inofficioſi evinci hereditatem. Ulpianus vindicari facultates. *l. ſi inſtituta.* 27. §. 3. *ff. eod.* Triphonius filium exheredatum ex cauſa querelæ inofficioſi movendæ admitti ad petitionem hereditatis *l. pen. ff. de bon. poſſ. cont. tab.* Imperatores Severus & Antoninus ex cauſa inofficioſi teſtamenti hereditatem peti. *l.* 3. *C. de petit. hered.* Juſtinianus hereditatis petitionem ex nomine de inofficioſo conſtitui. *l. ſi quis filium.* 34. *C. de inoff. teſtam.* Atque hinc eſt, quod is, qui querelam moturus eſt, agnoſcere debet bonorum poſſeſſionem litis ordinandæ gratia. *l.* 6. §. *ult. l.* 7. *l.* 8. *pr. ff. eod. l.* 2. *C. eod.* hoc enim non alio pertinet, quam ut is, qui ex cauſa inofficioſi hæreditatem petit, heres eſſe videatur: quanquam in ſuis heredibus hæc poſſeſſio non eſt neceſſaria, uti nec aditio. *d. l.* 7.

junct.

Digitized by Google

junct. l. in ſuis 14. ff. de ſuis & legit. de quo conſule *Vigl. ad rubr. &* §. 1. *Inſt. de inoff teſtam. Duar. c. 8. ad eund. tit. Govean. lib. 1. var. lect. c. 1.* Quamobrem ſi quis à me petat, ut quid ſit querela inofficioſi teſtamenti, obiter definiam, dicam eſſe ſpeciem petitionis hereditatis, qua & teſtamentum reſcindi poſtulatur, & ſimul vindicatur hereditas, tanquam ab inteſtato delata cum *Duar. d. loc. c. 10. Vigl. ad. d. rubr. n. 6. Donel. 19. comm. 3. Vand. 2. var. quæſt. 24.* }

Communis vero Interpretum noſtrorum ſchola exiſtimat, querelam eſſe judicium præparatorium, quo aditus patefiat ad judicium univerſale ſeu petitionem hereditatis; ſicut actio ad exhibendum præparatoria eſt rei vindicationis: atque ita duo hîc eſſe judicia, quorum alterum ſcilicet querela, præcedat, alterum, petitio hereditatis ſequatur. quod verum non eſt: ſiquidem ipſe titulus inofficioſi cauſa eſt, ex qua vindicatur hereditas. *l. 3. C. de petit. hered.* neque duo hîc judicia ſunt, ſed unum, quo & teſtamentum impugnatur, & ſimul petitur hereditas; ſicut per actionem uſucapionis reſciſſoriam & uſucapio reſcindi petitur, & ſimul res vindicatur, de quo diſſeruimus *cap.* 10. Equidem fateor, querelam in multis differre à petitione hereditatis ſimplici, de qua agitur, *tit. de petit. hered.* ſed ex eo non ſequitur, per eam non peti hereditatem, aut eam ſpeciem petitionis hereditatis non eſſe. Proferuntur autem duo potiſſimum argumenta, quibus effici videtur querelam inofficioſi teſtamenti, petitionem hereditatis non eſſe: quæ qualia ſint, videamus. Primum tale eſt; Petitio hereditatis datur ſolum adverſus eum, qui cum heres non ſit, pro herede prove poſſeſſore poſſidet, nunquam adverſus heredem; eumve, qui pro herede eſt, bonorum puta poſſeſſorem aut fidei commiſſarium. *l. 9. & ſeqq. ff. de hered. petit.* At querela datur adverſus heredem ſcriptum, con-

contra fideicommiſſarium, cui reſtituta eſt hereditas. *l. 1. C. de inoff. teſtam.* contra præteritum, qui accepit bonorum poſſeſſionem contra tabulas. *l. pen. ff. de bon. poſſ. cont. tab.* Reſpondeo, ſcriptum teſtamento inofficioſo heredem, heredem non eſſe; utique cum eo agi non tanquam cum herede, ſed tanquam qui heres non ſit, utpote ſcriptum ab eo, qui teſtamenti factionem non habuiſſe judicatur. *l. qui repudiavit. 17. ff. de inoff. teſtam.* & proinde eum teneri, quaſi pro herede aut pro poſſeſſore poſſideret, ut diſerte ab Imperatoribus Severo & Antonino reſponſum eſt de eo, cui ex teſtamento inofficioſo reſtituta eſt hereditas. *l. 7. C. eod. tit.*

Alterum argumentum eſt hujuſmodi: Omnis petitio hereditatis aut eſt ex teſtamento, aut ex cauſa inteſtati. *l. 1. l. 2. l. 3. ff. de hered. petit.* Querela autem inofficioſi ex neutra cauſa eſt: non ex teſtamento, quia datur iis, qui teſtamento excluſi ſunt: non ab inteſtato, quia quamdiu teſtamentum extat, & ex eo adiri hereditas poteſt, cauſæ inteſtati non eſt locus. *l. quamdiu. 39. ff. de acq. hered.* Sed quid his reſpondendum ſit, patet ex reſponſione ad objectionem præcedentem, nimirum querelam inofficioſi eſſe petitionem quandam hereditatis delatæ tanquam ab inteſtato: quia prætenditur color dementiæ teſtatoris, qui ob id teſtamenti faciendi jus non habuerit: uti & revera ſi judex teſtamentum inofficioſum eſſe pronuntiaverit, res ad cauſam inteſtati redit, retroque verſus omnia perinde habentur, ac ſi hereditas nunquam adita fuiſſet. *l. 6. §. 1. l. eum qui 21. §. 2. ff. de inoff. teſt.* Stet igitur hæc ſententia, querelam etiam ipſam actionem eſſe, & nimirum ſpeciem quandam petitionis hereditatis, qua vindicatur hereditas tanquam ab inteſtato delata ex cauſa inofficioſi teſtamenti. Atque cum hac ſententia fere vi ipſa convenit, quod Joan. Fab. & alii

Digitized by Google

alii ad *pr. Inſt. d. tit.* notant, poſſe querelam cum petitione hereditatis cumulari. Obiter addo, poſſe & per modum contradictionis ſeu per exceptionem, querelam induci, veluti ſi exheredatus ſit in poſſeſſione hereditatis, & heres ſcriptus hereditatem petat. *l. 8. §. ſi filius 13. ff. eod. tit.* adeoque & liberam eſſe exheredato ſimplici petitione hereditatis experiri, atque ita querelam inducere per modum replicationis, *Paul. lib 4 ſent. tit. 5. & ibi Cujac.* Illud non eſt magni momenti, quod quidam ex eo, quod petitio omnis ex cauſa peculii profectitii aut adventitii filio competens, patri detur etiam filio invito. *l. 8. §. 3. C. de bon. quæ lib.* querelam autem pater filii nomine inſtituere non poſſit. *l. 8. pr. ff. de inoff. teſtam.* colligunt, querelam non eſſe actionem aut petitionem. Nam hujus rei peculiaris eſt ratio, quia querela non competit, niſi filius cujus ſolius injuria eſt, *d. l. 8. in pr.* oſtendat ſibi diſplicere factum parentis, à quo exheredatus eſt, & ideò invito filio, non magis pater queri poteſt, quam invitum cogere, ut hereditatem adeat. adde quod querela remedium eſt extraordinarium, & quodammodo odioſum: ac proinde tale, quod perſonæ exheredati cohæreat. *Duar. c. 8. ad. tit. de inoff. teſt.*

CAP. XX.

An in querela inofficioſi locus ſit edicto ſucceſſorio?

EDictum ſucceſſorium eſt, cum liberis, qui primo loco ad ſucceſſionem vocantur, repudiantibus, admittuntur legitimi, & rurſus his repudiantibus cognati: item cum repudiante proximore agnato vel cognato admittitur ſequens. *l. 1. §. quibus* 10. *& § ſeq. ff. de ſucceſſ. edict.* Eſt autem huic edicto locus in bonorum poſſeſſione deferenda, ubi tabulæ teſtamenti nullæ extant, & ab inteſtato defertur hereditas.

reditas. de quo *d. tit. de ſucceſſ. edict.* & præcipue *d. l.* 1. § 10. & 11. & *l.* 1. & *l.* 2. *C. eod.* Quæritur autem, an huic edicto ſucceſſorio etiam locus ſit in querela inofficioſi teſtamenti, hoc eſt, an ſi is, qui prior admittitur ad accuſandum, nolit aut non poſſit accuſare, ſequens admittatur. Et placuit admitti, ut ſucceſſione ſit locus, teſte Paulo in *l. pen. pr. ff. de inoff. teſt.* & talis caſus eſt, qui deciditur in *l. nepotem.* 7. *C. eod. tit.* Cæterum hoc in iis tantum procedit, qui ſi eos nemo ordine aut gradu præceſſiſſet, ſtatim citra ullum edictum ſucceſſorium querelam movere potuiſſent, ſi videlicet exheredati fuiſſent aut præteriti, nemine eos præcedente in cauſa ſucceſſionis ab inteſtato. Igitur hi præterito exheredatove, qui præcedebat, agere nolente, aut non valente, victove, admittuntur ad accuſationem ordine ſucceſſorio ex propria ſua perſona proprioque jure ſuo. Exemplum habemus in *l. pater.* 12. *ff. eod. tit.* ubi proponitur caſus hujuſmodi. Pater filium emancipavit, & nepotem ex eo in poteſtate retinuit. Emancipatus ſuſcepto poſtea filio, utroque filio exheredato, patre præterito deceſſit. Hic ordo poſtulat, ut primo loco ad querelam admittantur filii: Quod ſi illi non querantur, vel queſti in judicio ſuccumbant, ſuccedit pater, atque intentio ejus, quæ antea in ſuſpenſo erat, impletur. In hoc enim & ſimilibus caſibus, qui præcedebant obſtabantque, ne ſequens ordo aut gradus ad accuſationem admitteretur, jam pro mortuis habentur: & paria habentur non extare, & extare quidem, ſed queri amplius non poſſe. Non obſtat quod heres ſcriptus jam ſententia judicis declaratus ſit heres: nam id verum quidem eſt ratione primi accuſantis: ſed ſententia illa inter alios jus non facit *l. ſæpe conſtitutum* 63. *ff. de re jud. l.* & *tot. tit. C. res int. al. act. vel jud. al. non noc.* Sed nec illud obſtat, quod nepos in querela contra patris teſtamentum præfertur avo, ejuſque cauſa potior eſt: unde

unde dicendum videatur, ſi ſcriptus à patre heres vicit filium defuncti, eundem magis debere vincere patrem ejus, per regulam, Si vinco vincentem te, multo magis vinco te. Etenim non eadem hic eſt vincendi ratio. Filius quidem defuncti potior eſt avo ſuo defuncti patre in eo, quod in ſucceſſione ab inteſtato prior eſt cauſa liberorum. At filius judicio victus eſt, quia juſte exheredatus judici viſus: quem oportet non minus bene merita avi perpendere, quam delicta & male merita nepotis, quæ avo nocere æquum non eſt, *arg l. 3. § ſi emancipatus. 5. ff. de bon. poſſ. cont. tab.* Similiter, & fortiori quidem ratione, *arg. l. nam & ſi. 15. pr ff. de inoff. teſt. l. 7.* §. 1. *ff. unde lib.* ſi filius à patre exheredatus querelam repudiaverit, aut ea inſtituta judicio victus ſit, aut quo modo agere non poſſit, nepos ex eo natus admittitur ad querelam ex propria ſua perſona, *l. pen. pr ff. de inoff teſt. d. l. 3.* §. *emancipatus. 5. in fin. ff. de bon. poſſ. cont. tab. arg. l. 7. ff de his qui ſui vel al. jur.* nec hic ſpectari debet, an jam nata fuerit querela filio, an vero ante querelam delatam deceſſerit: quoniam nepos non ex ea ſuccedit quæ filio delata eſt, ſed ex perſona propria: eodem plane modo, quo filio deficiente vel repudiante ex ſucceſſorio edicto ad bonorum poſſeſſionem unde liberi admittitur nepos. *l. 1.* §. *quibus* 10. *ff. de ſucceſſ. edicto.*

Cæterum non caret hæc poſtrema ſpecies omni ſcrupulo. Objicitur primum *l. ſi quis poſtumo. 2.* §. 2. *ff. de lib. & poſt. her inſt.* ubi Paulus ſcribit, ſi filium exheredavero, nepotemque ex eo præteriero & extraneum heredem ſcripſero, & filius poſt mortem meam licet anteaditam hereditatem deceſſerit, nepotem ſuccedendo non rupturum teſtamentum, & ita Julianum*, Pomponium & Marcellum reſpondiſſe. Idemque in nepote poſtumo præterito & filio exheredato juris eſſe Ulpianus auctor eſt, nempe hunc nepotem filio poſt mortem patris deliberante

he-

herede inſtituto de adeunda hereditate defuncto, teſtamentum avi agnaſcendo non rumpere. *l.6. pr. ff. de injuſt. rupt. irr. teſt.* Itaque hic filius exheredatus obſtat nepoti præterito: & obſtat, ut Papinianus ait, jure teſtati, quamvis nihil obſtet jure inteſtati, id eſt, quominus hic nepos ſcripto herede repudiante atque ita teſtamento deſtituto ab inteſtato ſuus heres avo exiſtat. *l. ſcripto. 7. ff. unde liberi. d. l. 6. pr. verſ. plane ſi. ff. de injuſt. rupt. l. 1. §. ſciendum. 8. ff. de ſuis & legit. her. §. cum autem 7. & ſeq. Inſt. de her. quæ ab inteſt.* Reſpondeo, obſtat filius nepoti in caſibus ſupra memoratis, ne nepos præteritione ſui rumpat teſtamentum avi, id eſt, ne nepos agnaſcendo aut quaſi agnaſcendo ipſo jure teſtamentum avi evertat, quantumvis natus ex filio ſuo herede à patre exheredato. Atque ita procedunt loci modo citati. Et ſic etiam nepos ex filio emancipato eoque exheredato natus ob ſui præteritionem non admittitur jure prætorio ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas. *l. 4. §. 1. ff. de bon. poſſ. cont. tab.* Quippe hic filio, qui exheredatus eſt, ſatisfactum eſt, valetque ipſo jure teſtamentum, etſi nepos præteritus ſit: nec ſcripto herede adeunte poteſt nepos in locum ſui heredis ſuccedere, ex capite ſecundo legis Velleæ: quoniam mortis tempore eum filius præceſſit. *l. Gallus. 29. §. ſequenti. 13. ff. de lib. & poſt. l. ſi quis filium. 34. C. de inoff. teſt.* nec ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas admitti; quia præteritio nepotis hoc caſu pro exheredatione eſt, & prætor exheredatos non agnoſcit, *d. l. 4. §. 1. junct. l. 8. pr. ff. de bon. poſſ. cont. tab.* Attamen querela huic nepoti non denegatur, quando filius queri aut non vult, aut non poteſt: quippe hic admittitur nepos ex edicto ſucceſſorio, quoniam ipſe immerito præteritus eſt: quo caſu teſtamentum quidem valet, quia præteritio iſta vice exheredationis eſt, cæterum admittitur ad querelam, quæ datur adverſus teſtamentum ipſo jure

vali-

Digitized by Google

validum: & licet per exheredationem filii ſatisfiat formæ & ſolennitati internæ, quæ jure civili ad ſuſtinendum teſtamentum ſufficit, non tamen ſatisfit juri naturali, non pietati, non officio paterno vel avito. Neque vero hæc contraria ſunt; teſtamentum non rumpi, & tamen adverſus id, ut in officioſum, dari querelam: ut enim querela competat, neceſſe eſt teſtamentum non rumpi. §. 2. *Inſt. de inoff. teſt.* Facilius vero querela datur, quam teſtamentum rumpitur: ratio eſt, quia rupti teſtamenti jus ſtatim vitiatur, nec ex eo locus unquam patet ſcriptis heredibus. At poteſt querela competere, ut tamen nihilo magis teſtamentum reſcindatur.

Secundo objiciunt *l. ſi quis filium.* 34. *C. de inoff. teſt.* quo loco Juſtinianus ait, nepotem olim, ubi filius exheredatus non præparata querela deceſſiſſet, omne adjutorium dereliquiſſe, cum tamen ſententiam noſtram ex jure veteri defendamus: Juſtinianus autem diſerte jus vetus corrigit, primuſque conſtituit, ut filius querelam etiam non præparatam tranſmittat ad nepotem, ut nepos in hac cauſa à vetuſtate neglectus, à ſuo, inquit, vigore recreetur. Et nominatim excipit quatuor caſus, quibus filio ante querelam præparatam mortuo, nepotem à querela removet juri antiquo convenienter. 1. Si probet heres ſcriptus filium exheredatum ingratum fuiſſe. 2. Si filio certa quantitas minor legitima parte relicta ſit; tunc enim nepotem vult agere ad ſupplementum quartæ. 3. Si filius querelam repudiavit. 4. Si filius per quinquennium tacuit, ita ut querelæ præſcriptum ſit. Ergo jure veteri ſecus ſe hæc res habuit, filioque non præparata querela mortuo nepos ſine exceptione excluſus fuit. Reſpondemus, Juſtinianum eo loco non agere de nepote ex propria perſona accuſare volente, ſed loqui de tranſmiſſione querelæ, id eſt, eo caſu, quo nepos ex perſona patris ſui querelam movere vult, & tunc locum habent quatuor

iſtæ

iſtæ exceptiones. At nos agimus de nepote, qui ex propria ſua perſona accuſare cupit ex edicto ſucceſſorio; quod & olim nepoti licuiſſe dicimus, & nunc etiam licere, nec ei obeſſe ingratitudinem patris, nec ejuſdem repudiationem, aut ejus quinquennale ſilentium. Et liberum itaque nepoti erit vel ex perſona patris agere ob tranſmiſſam ad ſe querelam ex *d. l. ſi quis filium. C de inoff. teſtam.* quod & interdum ipſi utilius eſſe poteſt, puta ſi nepos ex juſta cauſa ſit præteritus, pater autem immerito exheredatus: vel ex perſona ſua, ſi melius faciliuſque de ſua, quam patris pietate docere poſſit. Atque ita fere poſt *Azonem, Bartolum, Dyn. Caſtrenſem Coſtalius, & Anton. Rubeus,* ad *l. pater. 14. ff. eod. tit.* Donell. 19. *comm. 7. & ibid. in not. Oſwald. Hillig.* Diſſentiunt Bachovius ad *Treutl. diſp. de inoff. teſt. theſ. 5. Timæus Faber diſp. anniverſ. 9. theſ. 4. Alciatus lib. 4. paradox. c. 16.* fluctuat, ut & alii fere. Gomezius 1. *var. reſol. 11. n. 21.* hanc quæſtionem altam & ſubtilem vocat, licet & ipſe diſſentiat, victus iis objectionibus, quas nos videmur prorſus removiſſe.

CAP. XXI.

An liberi juſte exheredati connumerentur in computatione legitimæ, ſeu an cæteris partem faciant?

QUæſtionis hujus ſenſus eſt, an liberi juſta ex cauſa exheredati re ipſa adhuc inter liberos numerentur; perindeque habeantur, ac ſi partem ſuam accepiſſent, ad eum nimirum effectum, ut cæterorum legitima minuatur & tanta nec major ſit, quam quanta fuiſſet nemine exheredato? Veteres uno verbo hoc dicunt partem facere. Quæſtio non minus, quam illa ſuperior & proxime præcedens, alta, profunda & difficilis, de qua conſultus Raphaël Cumanus

nus non habuit, quod reſponderet, teſte Jaſone in *auth. noviſſima. C. de inoff. teſt.*

Dynus & Salicetus in *d. auth. noviſſima* putant eum, qui juſte exheredatus eſt, non connumerari, id eſt, in computatione legitimæ partem non facere. Igitur ſecundum hanc ſententiam, ſi pater unum ex duobus filiis merito exheredaverit, alteri exheredato legitimam reliquerit, hujus legitima erit quadrans, non ſeſcuncia; hodie triens, non ſextans. Bartolus in *l. pater filium.* 14. *ff. de inoff. teſt.* contra putat eum, qui juſte exheredatus eſt, connumerandum, & in computanda quantitate portionis legitimæ partem aliis facere. proinde ex Bartoli ſententia, ſi pater ex duobus filiis alterum juſte exheredaverit, alteri autem legitimam reliquerit, is cui legitima relicta eſt, habebit duntaxat ſeſcunciam, hodie ſextantem, per *l.* 8. §. *quoniam autem.* 8. *ff. de inoff. teſtam.* Alii putant melius eſſe ſi media hic via ineatur, ut quantitas legitimæ ſtatuatur ex facti contingentia. Et quidem ſi exheredatus repudiaverit querelam, aut eam inſtituerit quidem, ſed judicio victus ſuccubuerit, magis eſſe ut hoc caſu partem non faciat, ſed pars ejus accreſcat fratri in legitima inſtituto, per *l. filio.* 16. *pr. ff. eod.* quippe hunc demum juſte exheredatum dici, qui non poteſt amplius cum ſucceſſu queri, & ad eum proprie quæſtionem propoſitam pertinere, propterea quod hujuſmodi exheredati pro mortuis habentur per *l. qui repudiantis. in fin.* 17. *ff. de inoff. teſt. l.* 1. §. *ſed & ſi* 5. *ff. de conjung. cum emanc. lib. l. ſi poſt.* 10. §. *liberi.* 4. *&* §. *ſeq. ff. de bon. poſſ. cont. tab.* & ſic procedere ſententiam Dyni & Saliceti. Cæterum ſi exheredatus nec repudiaverit querelam, nec poſt eam motam victus ſit, hoc caſu, quia nondum apparet, utrum partem aliquam ſit accepturus, necne, interim partem eum facere, argumento ducto à contrario ſenſu ex *d. l. qui repudiantis, & l. ſi ponas.* 23. §. *ult. de inoff. teſt.* atque

que hoc modo defendi poſſe opinionem Bartoli.

Pendet autem deciſio hujus tam arduæ quæſtionis ex alia huic affini & tantum non eadem: nimirum an & quando in querela inofficioſi locus ſit juri accreſcendi? quam ob cauſam è re erit de ea prius cognoſcere, quam quid certi definiamus de propoſita. Et quidem ſi quis cum duos haberet filios, utrumque exheredavit, & utrique legitimam reliquit, hoc caſu fruſtra diſputatur de jure accreſcendi aut parte facienda: quoniam neuter vel inofficioſum teſtamentum dicere poteſt, vel ad ſupplementum agere. Sed ponamus caſum diverſum. Pater duos habens filios utrumque exheredavit, & neutri legitimam reliquit. Hoc caſu cum uterque queri poſſit, ſi unus tantum querelam moveat, alter interim partem facit, ita ut ille qui queritur, tantum ſemiſſem hereditatis petere debeat; ita tamen ut ſi alter poſtea accuſare nolit, aut tempore excluſus ſit, pars ejus accreſcat ei, qui egit & obtinuit. *l. filio.* 16. *l. ſi ponas.* 23. §. *ult. ff. de inoff. teſt.* & de hoc eodem caſu agit Paulus in *l. qui repudiantis*. 17. *ff. eod.* ubi ait eum, qui repudiavit querelam, partem non facere his, qui ideo quod legitimam non habent, querelam movere volunt. Quod ſi tamen alteruter, in ſolidum egerit, antequam alter querelam repudiaſſet, & caſu aliquo obtinuerit, puta quod ſcriptus heres eum non repellebat: alteri etiam, qui non repudiavit, victoria proderit, arg. *l.* 6. §. 1. *eodem.* Ponamus rurſus alium caſum, Pater è duobus filiis exheredatis alteri duntaxat legitimam reliquit, alteri nihil: atque ita ſatisfecit primo, non autem ſecundo. Secundus non queritur, ſed primus, & dicit ſibi non eſſe relictam integram legitimam: cum enim ſecundus, qui ſolus queri poteſt, non queratur, ait ſibi quaſi nunc ſoli filio deberi quartam omnium bonorum, non ſeſcunciam aut quartam ſemiſſis. Hic, inquam, pri-

primus, cui portio legitima relicta eſt, neque querelam movere poteſt, neque ex conſtitutione Juſtiniani ad ſupplementum agere. Ratio eſt, quia factum illud patris legitimam ſecundo exheredato non relinquentis non debet prodeſſe primo, qui portionem debitam habet. Et hoc caſu exheredatus alteri partem facit: quia ſcilicet neceſſe eſt eum alteri partem facere, cum ejus deficientis portio alteri quartam habenti, ac propterea querela excluſo, per quam ſolam ad hereditatem poterat pervenire, accreſcere non poſſit: & hic eſt caſus, qui tractatur in *l.* 8. §. *quoniam.* 8. *ff. de inoff. teſtam.* Quod ſi exemplum ad jus τῶν νεαρῶν accommodare velimus, ponendus caſus, quo pater extraneo herede ſcripto unum ex filiis in legitima inſtituit; alterum exheredavit; & ſic porro. Atque hæc quidem ita procedere fatentur, qui mediam, quam dixi, ſententiam ſequuntur, ſi ſecundus, qui legitimam non accepit, taceat, & querelam, quam movere poteſt, non inſtituat. At ſecus eſſe exiſtimant, ſi ſecundus repudiaverit querelam, aut in ea victus ſit, aut præſcriptione quinquennali excluſus: tunc enim primo ſeſcuncem non ſufficere ad legitimam, ſed ei deberi quadrantem, aut nunc trientem: ac proinde jure veteri, quia integra legitima ei relicta non eſt, de inofficioſo agere & totam hereditatem vindicare poſſe. *l. qui repudiantis.* 17. *l. ſi ponas.* 23. § *ult. ff. de inoff. teſtam.* Ex conſtitutione autem Juſtiniani, quia utique partem legitimæ habet, ſupereſſe ei actionem ad ſupplementum. *l. omnimodo.* 30. *C. eod. tit.* Cur autem ſecundo repudiante querelam, aut ea quocumque modo amiſſa, primus jam rectè de inofficioſo agat, aut ſuppletionem petat, hanc eſſe rationem, quia ſecundus poſtquam queri poſſe deſiit, pro mortuo habetur, per *d. l. qui repudiantis. in fin. pr. ff. eod. l.* 1. §. *ſed & ſi.* 5. *ff. de conjung. cum emant. lib.* Sed male mea quidem ſententia. Nam juri accreſcendi locus dari non poteſt,

 niſi

Digitized by Google

niſi ab initio utriuſque querela competierit. Si vero unus exheredatorum querela ab initio excluſus ſit, eo quod legitima ei relicta, huic alter, qui non queritur, partem facit non modo interim & quamdiu alter adhuc queri poteſt: ſed etiam quando queri poſſe deſiit. Sic enim Ulpiani hanc quæſtionem decidentis in *l.8.§. quoniam 8. ff. de inoff. teſt.* verba hæc, *an exheredatus partem faciat, qui non queritur, &c?* accipienda ſunt, nempe qui non queritur omnimodo, ſive quia ſemel agere noluit, ſive quia judicio victus aut tempore excluſus eſt. Omnino enim diſtinguendum eſt inter querelam, in qua locus eſt juri accreſcendi, & legitimam relictam, in qua non item. V. C. qui habet mille in bonis & duos filios, utroque exheredato, ſed uni 125 nomine legitimæ relictis deceſſit, quæ quarta pars eſt portionis ab inteſtato huic uni debitæ. Jus ita fuit, ut cui legitima integra relicta eſſet quocunque titulo, querela excluderetur: ſi vero vel minimum deeſſet, admitteretur, in quo utroque aliquid poſtea innovatum. Si igitur is, cui vel nihil vel minus relictum, & qui ob id queri de inofficioſo poteſt, non queratur, an per hoc alter querelam nanciſcitur, quam non eſſet habiturus priore querente? Sic viſum mediæ ſententiæ auctoribus: quia cum remoto fratre jam ſolus ſit, nomine legitimæ jam illi debeantur 250. ſed contra deciditur in *d.l.8.§.quoniam.* ſcilicet nihil amplius eum conſecuturum, & per illa 125. quæ ipſi nomine legitimæ relicta ſunt, querela excludi. At pone utrumque exheredatum & neutri quid legitimæ nomine relictum eſſe: hoc caſu ſi unus non queratur excluſus repudiatione vel tempore, is alteri partem non faciat, ac proinde alter, cui querela integra, teſtamentum in totum ſubvertit, atque ex aſſe ab inteſtato ſuccedit.

Ex his jam opinor, apparet, quid ſtatuendum ſit de quæſtione propoſita, utrum is, qui juſte exheredatus

datus eſt, inter liberos adhuc numeretur, ita ut partem iis, quibus legitima relicta eſt, faciat, nec ne? nimirum numerari & in computatione legitimæ partem aliis facere ſecundum ſententiam Bartoli. Ratio ſolida, quia nulla hic eſt conjunctio, ac proinde nec jus accreſcendi. Etenim rite & juſte exheredatus nec ad hereditatem vocatur ex teſtamento, quippe quo excluſus eſt; neque ab inteſtato, quia ad ſucceſſionem inteſtati venire non poteſt, niſi teſtamento per querelam everſo: Sed nec prætor exheredatione notatos ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas invitat. *l. non putavit.* 8. *ff. cont. tab.* Adde quod cum adverſus patrem ingratus fuerit, commodum ejus partis heredis eſſe debet, cujus aſſe pater voluit. Juri vero accreſcendi tunc locus eſt, quando quid de portione deficiente fieri debeat, nec lex nec teſtator cavit. Hic autem teſtator voluit eam acquiri heredi inſtituto, per *l. ſi pactum.* 9. *ff. de probat. auth. hoc amplius. C. de fideicom.* ac juſta eſt partis voluntas quoad hunc filium ingratum. Aliud eſt, ſi utrumque filium immerenter exheredavit, & alter non agat: quia tunc voluntas ejus ratione utriuſque filii injuſta eſt. Denique delictum unius non debet prodeſſe alteri. Non obſtat, quod alicubi dicitur exheredatum pro mortuo haberi: id enim verum eſt, quantum attinet ſucceſſionem ejus, à quo exheredatus eſt: cæterum non eſt trahendum extra terminos ſuos: nec argumentum ductum à bonorum poſſeſſione contra tabulas, in qua exheredati nunquam petentibus partem faciunt: nam cum exheredati à contra tabulas bonorum poſſeſſione, tanquam peregrini, in totum arceantur, nec partem ibi facere poſſunt. Sed nec quando unus de inofficioſo queri poteſt, juſte exheredatum ei partem facere dicimus, ſed tunc quando alter ob id quod legitimam accepit, nullum jus de inofficioſo agendi & legitimam hereditatem petendi habet. Ita recte poſt Bartolum Donellus

nellus. *lib.* 19. *com m. c.* 9. *& Hilligerus in not. ibid. Bachov. ad Treutl. diſp. de inoff. teſt. theſ.* 15. atque hanc opinionem, ut ſaniorem, laudat *Pet. Greg. Tholoſanus lib.* 44. *ſyntagm. c.* 5. *n.* 8. Diſſ. cum *Dyn. Salicet. Sichardus in d. auth. noviſſima. n.* 27. De filiabus ſtatuto excluſis res minus dubia: quoniam cum filiæ extantibus maſculis ſtatuto in totum excluſæ, nullum jus ſuccedendi aut querendi habeant, partem facere non poſſunt, ſed perinde hujus effectus intuitu habentur, ac ſi non eſſent: & intelligitur ſtatutum voluiſſe cæterorum portionem augere. *Bachov. ubi ſupra.*

CAP. XXII.

Legitima ſitur bonorum quota, an hereditatis? & an recipiat illum gravamen?

AD neutram harum quæſtionum ſimpliciter aut affirmando aut negando reſponderi poteſt. Nam ad priorem quod attinet, ſi ponamus filio juſte exheredato legitimam eſſe relictam titulo ſingulari, tunc utique legitima non hereditatis, cujus nullam partem exheredatus obtinet, ſed bonorum quota eſt, ut & quarta ex conſtitutione divi Pii. *l.* 2. §. 1. *ff. fam. erciſc.* §. 3. *Inſt. de adopt.* Idemque dicendum eſt, ſi inſtitutus quidem ſit filius, ſed aut in re certa adjuncto ei coherede ſimpliciter ſcripto vel ex parte aſſis, aut certis rebus contentus eſſe juſſus ſit, quo caſu legatarii loco habetur, ut neque actiones hereditarias exercere, neque à creditoribus hereditariis conveniri queat. *l. pen. C. de hered. inſtit.* § *ſi quis.* 9. *Inſt. de fideic. hered. l. ſi legatus.* 30. *ff. multum intereſt.* 3. *ff. ad Senat. Treb.* At ex diverſo ſi filius heres inſtitutus ſit vel ipſa legitima, quæ olim erat quarta pars debitæ ab inteſtato portionis, hodie ejuſdem portionis triens aut ſemis pro numero liberorum, *Nov. de trient. & ſemiſſ.* vel ex parte aliqua hereditatis, puta ex unica, ſextante, &c. hic ut filius

reve-

Digitized by Google

revera heres eſt, ita & legitima erit quota hereditatis. Fieri enim non poteſt, quin ea pars, quam tanquam heres jure hereditario habeo & titulo inſtitutionis, ſit pars hereditatis. Male igitur *Gail. 2. obſ. 119. n. 12. & obſ. 120. n. 2.* poſt Salicetum & alios in *l. ſcimus. 36. in fin. C. de inoffic. teſtam.* generaliter & ſimpliciter definit, legitimam eſſe quotam bonorum, eo quod accipitur deducto ære alieno. *l. 8. §. quarta. 9. ff. de inoff. teſtam.* & bona cujuſque intelliguntur, quæ deducto ære alieno ſuperſunt. *l. ſubſignatum. 39. §. 1. ff. de verb. ſign.* Inepta ratio: nam & in ponenda ratione legis Falcidiæ ante deducitur æs alienum, *§. ult. Inſt. de leg. Fal.* cum tamen in confeſſo ſit, quartam Falcidiæ eſſe partem hereditatis, atque in eam nihil aliud imputari, quam quod heres jure hereditario capit. *l. in quartam. 91. pr. ff. ad leg. Falc.* Antequam enim ſumma conſtituatur, unde legitima aut quarta Falcidiæ deducenda ſit, neceſſe eſt exquiri, quid in patrimonio & bonis defuncti ſit habendum: ſiquidem ex eo filius legitimam, *τὸ νόμιμον μέρος*, heres quartam habere debet. Ex eo autem non ſequitur, filium ex portione legitima inſtitutum, eam portionem non habere jure hereditario aut tanquam partem hereditatis, ut nulla onera hereditaria ſuſtineat. Sed hic nobis via aperitur ad quæſtionem alteram, nempe an legitima recipiat ullum gravamen?

In hac quoque quæſtione diſtinctio adhibenda eſt, & primum diſcernenda onera, quæ ex diſpoſitione teſtatoris proficiſcuntur, ab iis, quæ exurgunt ex ipſo jure hereditario. Non recipit legitima ullum onus aut gravamen, quod ex teſtamento vel ex ulla alia diſpoſitione teſtatoris oriatur. *l. quoniam. 32. C. de inoff. teſtam.* Et ratio eſt, quia legitima non ex judicio teſtatoris, ſed ex proviſione legis debetur. cui conſequens ut gravamen legitimæ impoſitum, pro non adjecto habeatur. *Fac. d. l. 32. & auth. noviſ-*

noviſſima. C. eod. Gail. 2. *obſ.* 119. *n.* 2. Et igitur non poterit legitima gravari fideicommiſſo, vel alio ſubſtitutionis onere; in tantum, ut nec nuda ejus proprietas, liberis relinqui queat deducto uſuſructu. Cujus rei hæc ratio eſt, quia ſi uſusfructus aliis relinqueretur, differretur legitimæ præſtatio contra *d. l.* 32. & mirum eſt diſſentire Cæpollam *cautel.* 21. cum diſertis verbis Juſtinianus conſtituat, ut filius legitimam pleno jure habeat, nec ſufficiat nudam legitimæ proprietatem filio relinquere, ſed neceſſe ſit ſimul relinquere ipſum jus utendi fruendi, *Nov.* 18. *c.* 3. *auth. noviſſima. C. de inoff. teſt.* Atque hoc modo accipiendum eſt, quod identidem inculcatur, legitimam non recipere ullum onus, dilationem, moram, modum, aliudve gravamen. *l. omnimodo.* 30. *d. l. quoniam.* 32. *d. l. ſcimus.* 36. *C. de inoff. teſt.* nempe non recipere ex voluntate aut diſpoſitione teſtatoris. neque hic refert jure hereditario legitima obtineatur, atque ut pars hereditatis, an ut quota bonorum. Cæterum quod attinet ad ea onera, quæ ex ipſo jure hereditariæ portionis emergunt, ea haud dubie etiam ad portionem legitimam pertinent, quando ea obtinetur titulo inſtitutionis; & jure hereditario, veluti cum filius ex ea aut parte aliqua aſſis inſtitutus eſt: quamvis ſecus ſit, cum ea obvenit ut pars bonorum; quod evenit, cum filio juſte exheredato relicta eſt, aut ſi inſtitutus quidem ſit filius, ſed in re certa adjecto coherede indefinite, aut ex parte hereditatis ſcripto, ut ſupra diximus. Sed utique, quando filius, ut heres legitimam obtinet, conſequens omnino eſt, ut ad eum quoque onus æris alieni pro rata hereditatis parte pertineat. Similiter nec quartæ Trebelliani poteſt ullum onus imponi ex diſpoſitione teſtatoris, nec ea fideicommiſſo gravari poteſt; & tamen heres fiduciarius pro rata parte ſuſtinet onus æris alieni, & pro quadrante à creditoribus hereditariis conveniri poteſt,

teſt, *C. ſed quia 7. Inſt. de fidei. hered.* Nullam autem neque hîc quarta ſenatuſconſulti, neque illîc triens aut ſemis legitimus deminutionem patitur. Non obſtat, quod legitima dicitur accipi deducto ære alieno. *l. 8. §. quarta. 9. ff. de inoff. teſtam.* Id enim pertinet duntaxat ad eam computationem, qua ad calculum revocatur, quantum ſit in legitima, nihilque aliud eo ſignificatur, quam quod in computatione bonorum defuncti ineatur etiam ratio æris alieni, ut ſciri poſſit, quantum eo deducto legitimæ nomine debeatur, non quod filius heres in ea portione inſtitutus non teneatur pro rata reſpondere creditoribus hereditariis. Sic in ineunda ratione quartæ Falcidiæ etiam initur ratio æris alieni. *§. ult. Inſt. de leg. Falc.* non ob id, quod heres nomine æris alieni à creditoribus hereditariis conveniri nequeat; ſed tantum ut ſciatur, quantum teſtator in bonis habuit, unde Falcidia deducenda: in bonis autem id ſolum habere intelligimur, quod deducto ære alieno ſupereſt. *l. ſubſignatum. 39. § 1. ff. de verb. ſign.*

CAP. XXIII.

Petitio hereditatis an detur contra poſſidentem titulo ſingulari?

PEtitio hereditatis eſt actio in rem, qua hereditatem noſtram & per hereditatem res ſingulas hereditarias petimus ab eo, qui quid earum pro herede vel pro poſſeſſore poſſidet. Competit igitur ei hæc petitio, qui hereditatem, quam petit, ſuam eſſe intendit, utpote vel ex teſtamento vel ab inteſtato ſibi delatam, & ſibi ſive per ſe, ſive per alios acquiſitam. *l. 2. l. 3. ff. de hered. petit.* eſſe hanc petitionem actionem in rem pleriſque locis diſerte traditum eſt. *l. ſed. & ſi. 25. §. propen. ff. de her. petit. l. 1. l. ſin autem. 27, §. 3. ff. de rei vind. l. 1. §. ult. ff. ſi pars hered.*

hered. petit. Cæterum ita in rem eſt, ut tamen habeat præſtationes quaſdam perſonales. *d. l.* 25. §. *propen.* propter quas mixta perſonalis appellatur, & demum 30 annorum præſcriptione ſummovetur. *l.* 7. *C. de pet. her.* & inter bonæ fidei judicia numeratur. §. *actionum.* 28. *Inſt. de action.* licet cæteræ in rem ſint arbitrariæ. §. *præterea.* 31. *Inſt. eod.* Datur adverſus eum, qui quid hereditarium pro herede prove poſſeſſore poſſidet, dolove malo fecit, quominus poſſideret. *l.* 9. *l.* 13. §. *pen. l. ſed & ſi.* 25. §. *perinde,* 8. *ff. de tit.* Pro herede poſſidere dicitur, qui putat ſe heredem eſſe. *l. pro herede.* 10. *ff. eod.* Pro poſſeſſore poſſidet tum prædo, qui nullam aliam cauſam affert, quam quod poſſideat, *d. l.* 10. §. 1. *&* 2. *ll. ſeqq. eod.* tum is, qui affert quidem aliquam, ſed injuſtam & inutilem: omnibus enim titulis inutilibus hic pro poſſeſſore hæret & adjunctus eſt, id eſt, omnes hi tituli recipiunt & in ſe habent titulum pro poſſeſſore, ut qui eos allegat, pro poſſeſſore poſſidere, & hereditatis petitione teneri intelligatur. *l. nec ullam* 13. §. 1. *ff. eod.* ubi obiter notandum, etſi omnis prædo pro poſſeſſore poſſideat, non omnem tamen, qui pro poſſeſſore poſſidet, prædonem haberi, veluti ſi titulum, licet inutilem, alleget. *d. l.* 13. §. *ſi qui.* 8. *ff. eod. add. Goedd. ad l.* 109. *de verb. ſign. n.* 7. *& ſeq.* Quod ſi quis juſto aliquo titulo rem hereditariam poſſideat, veluti pro empto vel donato, res vindicanda eſt ſpeciali in rem actione, quæ ſimpliciter adverſus quemcunque poſſeſſorem datur. *l.* 7. *C. eod. tit. l.* 4. *C. in quib. ca. ceſſ. long. temp. præſcr.* Hanc autem diſſimilitudinem peperit diſſimile jus petitorum. Nam qui ſpeciali actione in rem agit, aut dominus eſt, aut jus affine dominio habet, cui ſemper æquum eſt rem reſtitui. Semper enim dominus plus juris habet in re ſua, quam quilibet etiam juſtiſſimus poſſeſſor. *l.* 9. *ff. de rei vind. l.* 3. *C. eod.* At qui heres eſt, non idem continuo

Digitized by Google

tinuo & dominus rei hereditariæ. Quid enim ſi defuncto commodata ſit, aut apud eum depoſita. Equidem fieri poſſe non nego, ut heres idem ſit & dominus: ſed quia contra etiam fieri poteſt, ut is ſit dominus, qui rem pro emptore, pro donato, pro legato poſſidet, in pari cauſa poſſeſſor potior haberi debet. *l. in pari.* 128. *ff. de reg. jur.* *DD. in d. l* 9. *Sichard, in l.* 2. *C. eod.* *Zaſ. parat. ff. eod. n.* 7. Sed enim hoc ipſo quod quis heres eſt, plus juris habet, quam is, qui pro herede poſſidet aut pro poſſeſſore, ſive cauſam ſuæ poſſeſſionis afferat, ſive non. Nec vero alios titulos poſſeſſio hereditatis admittit, cum nemo alius nominis juriſque hereditarii controverſiam faciat: niſi qui pro herede vel pro poſſeſſore poſſidet. *d. l.* 9. *de hered. petit. l.* 7. *C. eodem. Cujac.* 10. *obſ.* 1

Atque hoc quidem jus in directa petitione hereditatis perpetuum eſt. Utilis autem petitio hereditatis datur bonorum poſſeſſori, quæ vocatur poſſeſſoria hereditatis petitio: item fideicommiſſario, id eſt, ei cui ex ſenatuſconſulto Trebelliano reſtituta eſt hereditas, quæ fideicommiſſaria hereditatis petitio: ac de utraque tituli proprii in *. Ex contrario quoque utili petitione tenentur, bonorum poſſeſſor non verus, id eſt, qui putat ſe bonorum poſſeſſorem eſſe, cum non ſit, *l. pro herede.* 11. *ff. eod. tit.* fideicommiſſarius, qui hereditatem à falſo herede accepit, *d. l. nec ullam.* 13. §. *ſed & ſi.* 6. *ff. eod. l.* 1. *C. de inoff. teſt.* item emptor, qui hereditatem aut partem univerſi juris emit à non vero herede. *d. l.* 13. §. *ſi quis.* 8. Sed ita demum emptorem conveniri placet, ſi aliter res petitori ſalva eſſe non poteſt, aut ſi non expediat petitori hereditatem à venditore peti, quem directa petitione teneri certum eſt. *d. l.* 13. §. *quid ſi quis.* 4.

Excutiamus jam, quod in quæſtione eſt, an petitione hereditatis teneatur, qui quid hereditarium poſſidet titulo ſingulari; Non una autem hic utendum

dum diſtinctione. Poſſeſſor aut nullum titulum allegat, qui in ſpecie dicitur pro poſſeſſore poſſidere; aut allegat titulum, ſed univerſalem, ſcilicet pro herede: & uterque hac petitione tenetur: aut allegat titulum ſingularem, & hunc vel in univerſitate ſive hereditate aut parte hereditatis, & nonnullo caſu utili petitione hereditatis, ratione objecti ſic dicta, conveniri poteſt. *d. l.* 13. §. *quid ſi quis.* 4. *ff. l.* 2. *C. eod.* vel in re ſingulari, & hunc iterum vel provenientem ex actu inutili & jure invalido, veluti ſi quis rem ab uxore donatam pro donato ſe poſſidere dicat, aut pro dote, quam accepit ab impubere ſibi nupta. & tenetur tanquam poſſidens pro poſſeſſore. *d. l.* 13. § 1. vel ex actu *utili* & jure valido, puta eo, quod ſe rem emiſſe, aut ſibi donatam legatamve eſſe, atque hiſce titulis ſe poſſidere affirmet: & non tenetur ſive bona ſive mala fide poſſideat. *l.* 7. *C. de petit. hered. l.* 4. *C. in quib. caſ. ceſſ. long. temp. praſcr.* Illud porro hic cavendum, ne confundamus poſſeſſorem rei ſingularis cum poſſeſſore titulo ſingulari: hic enim petitione hereditatis non tenetur, etiamſi, ut modo dixi, poſſideat mala fide, ſed res ab eo vindicanda eſt ſpeciali in rem actione: ille vero hac actione tenetur, tametſi bonam fidem habeat, ſeque heredem eſſe putet. Finge unam aliquam rem hereditariam & vel minimam pro herede ab aliquo poſſideri; is hac petitione tenetur non minus, quam ſi totam hereditatem ejuſve bonam partem eodem modo poſſideret, *l.* 9. & *l. ſeq. in pr.* Ratio eſt, quod is, qui vel unam rem hereditariam pro herede tenet, poſſidet totam hereditatem, & univerſi juris ſucceſſionem ſibi aſſerit, aut aſſerere poteſt, ac proinde hic etiam univerſalis actio inſtitui debet, licet executio tantum fiat in re unica poſſeſſa. *Cacheran. deciſ.* 84. Semper enim & principaliter in hanc petitionem venit hereditas: ait per conſequentiam etiam ſingulæ res hereditariæ: ut in definitione expreſſum eſt. *l.* 7. §. *ult. ff. de except. rei judic.*

CAP.

CAP. XXIV.

An ei, qui non poſſidet, actio aliqua jure prodita ſit qua conſequatur impenſas in rem alienam factas?

DE qualitate impenſarum, quæ in rem alienam, fructuum quærendorum, aut colligendorum conſervandorumve gratia factæ ſunt, non eſt laborandum, cum hæ omnes citra ullam diſtinctionem ab omnibus poſſeſſoribus deducantur. *l. ſi à domino.* 36. §. *ult. de hered. pet. l.* 7. *pr. ff. ſolut. matrim.* ubi hæc ratio à veteribus redditur, quod fructus non intelligatur, niſi quod deductis impenſis ſupereſt. Ubi vero in rem ipſam impenſarum diſtinctio conſtituenda eſt, quod aut neceſſariæ ſunt, aut utiles, aut voluptariæ. *l.* 1. *ff. de impenſ. in rem dot. fact. l. impenſæ.* 79. *ff. de verb. ſign.* quia non omnium in deductione eadem ratio. Neceſſariæ ſunt, quæ ſi factæ non eſſent, res aut interitura fuiſſet, aut deterior futura. Utiles, quæ fructum quidem augent, ſed quibus non factis, res non minus integra foret. Voluptariæ, quæ ſpeciem, τὸ εἶδος duntaxat ornant, ſine ulla utilitate. *d. l.* 1. §. *ult. l.* 2. *l.* 3. *l.* 4. 5. 6. & 7. *de impenſ. in rem dot. d. l.* 79. *per tot. de verb. ſign.* ubi & exemplis hæ definitiones illuſtrantur. Neceſſariarum impenſarum deductio tributa eſt omnibus poſſeſſoribus, etiam iis, qui mala fide poſſident. *l. planè.* 38. *pr. ff. de her. petit. l.* 5. *C. de rei vind.* quoniam hæc deductio non perſonæ poſſidentis, ſed cauſæ tribuitur, ne ſcilicet petitor cum damno poſſeſſoris, (cui nulla hoc nomine culpa objici poteſt, quod rem alioqui perituram ſervavit) lucrum faciat. *d. l* 38. *ff. de hered. petit.* Non obſtat. *l.* 1. *C. de infant. expoſ. l. ex argento.* 13. *ff. de cond. furt.* loquuntur enim de rebus mobilibus & fure, cujus conditio

ditio propter continuationem furti non debet melior fieri. *l. inficiando. 67. §. 2. ff. de furt. Fachin. 1. controv. 54.* In utilibus autem ſervandis melior eſt conditio bonæ fidei poſſeſſoris, quam poſſeſſoris malæ fidei. Bonæ fidei poſſeſſor, qui in rem alienam utiles impenſas fecit, v. c. in aliena area ædificium poſuit, eas deducere, id eſt, ſervare poteſt per retentionem oppoſita doli mali exceptione, ſi dominus rem ſuam vindicet, non oblata reſtitutione pretii materiæ & impenſarum. *l. ſumptus. 48. ff. de rei vind. d. l. 38. ff. de hered. petit.* Et hoc eſt, quod Gajus in *l. 7. 7. §. ex diverſo. 12. ff. de acq. rer. dom.* & Juſtinianus §. 30. *Inſt. de rer. diviſ.* ajunt, ſi in poſſeſſione, conſtituto ædificatore ſoli dominus petat ædificium, nec ſolvat pretium materiæ & mercedes fabrorum, poſſe eum per exceptionem doli mali repelli, utique ſi bonæ fidei poſſeſſor fuerit, qui ædificavit: nimirum quia dolo malo facit & contra æquitatem naturalem, qui poſtulat cum alieno damno & injuria fieri locupletior. *l. 14. ff. de condict. indeb. l. 1. ff. de dol. mal. exc.* Unde etiam placuit, hanc exceptionem euſque duntaxat dandam, quo res facta eſt pretioſior, *l. in fundo. 38. ff. de rei vind.* & ita demum, ſi fructuum ante litem conteſtatam perceptorum modum excedant. *d. l. ſumptus. 48. l. emptor. 65. ff. eod. tit.* Nam qui ſuum duntaxat recipere vult, nihil dolo facit, *l. nihil dolo. 129. ff. de reg. jur.* nec ſtudet cum aliena jactura locupletari, qui hoc tantum agit, ut pro quantitate fructuum perceptorum impenſæ minuantur. Apparet autem ex *d. l. 38. ff. de rei vind.* jus hoc non eſſe perpetuum, ſed regulare duntaxat, atque pro varietate circumſtantiarum aliud atque aliud æquitate ſuadente ſtatui poſſe, multaque in hoc articulo arbitrio permittenda boni judicis. Malæ vero fidei poſſeſſoris deterior in hoc genere impenſarum conditio eſt: quippe cui nulla eo nomine deductio conceſſa.

Digitized by Google

ceſſa. *l.* 5. *C. de rei vind. l. Iulianus.* 37. *in fin. ff. eod. l.* 7. §. *ex diverſo* 12. *ff. de acq. rer. dom.* Ratio eſt, quia ſi is item ſimili exceptione ſe tueri velit adverſus dominum vindicantem, culpa ei objici poteſt, & à domino replicari, quod temere & ſciens ædificaverit in ſolo alieno, ac proinde tantum non ſua ipſius voluntate materiæ proprietatem amiſerit. §. *ex diverſo.* 30. *Inſt. de rer. diviſ.* æquum quidem eſſe, ut ſumptus per errorem facti retentione rei ſerventur, *l. ſin autem.* 27. §. *ult. ff. de rei vind.* at qui improbe facti ſunt, reſtituendos non eſſe. *l.* 5. *C. de ædif. privat.* Enimvero ſi qua probabilis conjectura ſit, ob quam videri poſſit, licet ſciens, non tamen animo donandi hujuſmodi ſumptus feciſſe, aliud dixerim, per *l.* 2. *C. de rei vind.* veluti ſi ædificaverit in ſolo litigioſo: dicam id ſui juris poſſeſſioniſque tuendæ cauſa potius feciſſe, quam animo donandi. Quid igitur eſt, quod Paulus ſcribit in *d. l.* 38. *ff. de hered. petit.* etiam in perſona prædonis rationem haberi utilium impenſarum, ne petitor ex aliena jactura locupletior fiat? Reſpondemus, Paulum non dicere prædonem etiam tales impenſas deducere, ſive per retentionem oppoſita doli mali exceptione ſervare poſſe; ſed hoc tantum in hujus quoque perſona haberi rationem impenſarum neceſſariarum & utilium: nempe hactenus, ut neceſſarias quidem deducat, quarum deductio poſſeſſoribus omnibus tributa. *l.* 5. *C. de rei vind.* utiles vero ſine læſione rei tollat: hoc enim ſolum ei permiſſum eſt. *d. l.* 5. *d. l. Iulianus. in fin. de rei vind.* nec aliter tamen, quam ſi ſublato eo, quod poſuit, aliquid lucri laturus ſit, neque tantum ei offerat petitor, *d. l.* 8. *ff. eod.* Etenim cum ſtricto jure ne tollendarum quidem utilium impenſarum prædoni poteſtas ſit, recte dicitur in ejus quoque perſonam harum impenſarum ratio haberi, cum facultas eas tollendi ex æquitate ei conceditur. Quod ſi petitor pro jure ſuo. *d. l.* 38. *ff. eod.*

pati

pati nolit, ut eas impenſas poſſeſſor tollat, hic jam & earum deducendarum poteſtas ei permittitur, ne, quod ait Juriſconſultus in *d. l. 38. ff. de hered. petit.* ex aliena jactura petitor lucrum ſentiat: quæ ratio in impenſis utilibus hoc demum caſu locum habet: non autem ſi paratus ſit petitor, ut tollantur. Voluptariarum impenſarum, quatenus tales ſunt, nulla deductio eſt, ceſſante videlicet cauſa, quæ huic deductioni locum facit. Plane ſi probetur petitorem eaſdem impenſas facturum fuiſſe, aut rem habere venalem, & propter hæc impendia, plus conſequuturum, *arg. d. l. 38. & l. 29. ff. de rei vind.* impenſæ, quæ per ſe voluptariæ ſunt, naturam induunt utilium, & locus fit exceptioni doli ad eas ſervandas, ſi modo bonæ fidei poſſeſſor ſit, qui eas fecit: nam prædoni probe dicetur, non debuiſſe eum in rem alienam ſupervacuas impenſas facere. Utique tamen qui per exceptionem ſervare has impenſas non poteſt, ei poteſtas eſt tollendi, quod ſine detrimento rei tolli poteſt, etiamſi malæ fidei poſſeſſor ſit, ut diſerte à Gajo reſponſum eſt. *l. utiles. 39. §. 1. ff. de hered. petit.* idque contra juris apices ex humanitate conceſſum.

Hactenus nihil aliud audivimus, quam quod quædam impenſæ à quocunque poſseſsore deduci, id eſt, poſita doli mali exceptione per retentionem rei ſervari poſſunt, nempe impenſæ neceſſariæ, & à bonæ fidei poſſeſsore regulariter quoque utiles: voluptariarum, qua talium, deductionem non eſſe, tolli tamen poſſe ſine læſione prioris ſtatus rei. Huic autem deductioni ſeu rationis ſervandi impenſas per exceptionem locus eſſe non poteſt, niſi is, qui impenſas fecit, rem, in quam eas fecit, poſſideat, & ab eo dominus rem ſuam vindicet. Quid ergo ſi is qui ſumptus fecit, domino poſſeſſionem tradiderit non deductis impenſis, an non hoc caſu actio aliqua ei jure prodita, quia ultro cum domino experiatur, & ſumptus

ptus à ſe factos repetat? Nuſquam certe id in libris juris noſtri traditum eſt. Et quænam, quæſo, huic actio accommodari poſſet ſalva ratione juris? Vindicationem & actionem ad exhibendum ſuſtulit lex duodecim tabularum. Actio de tigno juncto adverſus eum ſolum comparata eſt, qui ipſe tignum junxit. & junxit alienum ſuis ædibus aut vineæ ſuæ *l. 1. ff. de tign. junct. l. in rem. 23. §. pen. ff. de rei vind.* Sed nec actioni in factum ſecundum definitionem *d. l. 23. §. item quæcunque. 5. verſ. ideoque.* hic locus eſſe poteſt: quomodo enim in factum actio adverſus eum dabitur, cujus nullum factum intervenit? Si qua hîc actio ſub aliquo colore dari queat, ea erit aut negotiorum geſtorum, aut condictio indebiti: ſed neutra quoque harum competere poteſt. Non negotiorum geſtorum: quia qui in rem tanquam ſuam aliquid impendit, ſuum negotium, non alienum gerit; qua ratione quoque ei denegatur repetitio. *l. 5. C. de rei vind.* & generaliter omnibus, qui non ſunt hoc animo, ut quid ab alio repetant, aut alium ſibi obligent. *l. 4. C. de negot. geſt. l. in hoc. 14. §. 1. verſ. diverſum eſt. ff. comm. divid.* neque enim actus agentium operantur ultra eorum intentionem. *l. non omnis. 19. pr. ff. de reb. cred.* Non condictio indebiti: nam ut diſſerit Julianus in *l. ſi in area 33. ff. de cond. indeb.* qui poſſeſſionem ultro domino tradit, nullum cum eo negotium gerit, nihil in eum transfert: ſed tantum quod ſuum eſt, dominus ſuo jure recipit. Et extat generalis definitio Pomponii, ex quibus cauſis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea ſi ſolverimus, repeti non poſſe. *l. ex quibus. 51. ff. de cond. indeb.* nec enim ſolus error ſolventis aut tradentis condictionem parit, niſi ſimul aliquid faciat accipientis. Sed quid opus eſt ire per inductionem? De ſingulis ſi quis dubitet, conſtanter veteres omnes ſcribunt, nullo alio modo impenſas in rem alienam factas ſervari poſſe, quam per reten-

retentionem: hæc verba ſunt Juliani *l. ſi in area. in fin. ff. de cond. indeb.* Paulus in *l. 14. ff. de except. dol. mal.* ait non poſſe eum, qui in alieno ſolo ædificavit, aliter ſumptus conſequi, quam ſi poſſideat, & ab eo dominus ſoli rem vindicet. Papinianus in *l. ſumptus 48. ff. de rei vindicat.* negat expreſſe ſumptus in alienum prædium factos peti poſſe, nec ſi facti ſint à bonæ fidei poſſeſſore; ſed tantùm exceptione doli oppoſita æquitatis ratione poſſe ſervari. Idem non obſcure indicat Pompon. *l. 21. ad SC. Trebell.* in verb. *retentiones, quas ſolas habent.* quo loco pro *ſimilem eum eſſe*, reſcribe, *non ſimilem*, cum viris eminentibus Ant. Fabro, & Hugone Grotio in *ſparſ. flor.* Hoc autem remedium cum non alii competere poſſit, quam poſſidenti, non licet nobis contra manifeſtam rationem juris & tot expreſſos locos, contra *l. 1. l. 9. l. ult. C. de legib.* aliud excogitare, quo ſubveniatur etiam non poſſidenti, data ſcilicet actione ad impenſas ultro repetendas, idque ſolo æquitatis obtentu, deficiente cauſa & fundamento, in quo actio radicetur: ſcilicet jure noſtro facilius alicui actione ab alio inſtituta, exceptione oppoſita in eodem judicio ſuccurritur; quam actio inducitur, quæ non niſi ex certis principiis juris naſcitur ac proinde etſi hic ſit aliqua obligatio naturalis, quam inducit æquitas, tamen ſola naturalis obligatio actionem non producit: niſi jure civili aut prætorio adjuvetur. Argumento ſit pactum nudum, quod quamvis actionem non producit, ad exceptionem tamen paciſcenti prodeſt. *l. juris gentium. 7. §. ſed cum nulla. 4. & ſeqq. ff. de pact.* Et ſic æquitas, quæ hic prætenditur, producendæ licet exceptioni potens, ad producendam actionem ſatis roboris non habet: & eſt inſtar ſpiritus, qui attollendo ſolo potens, non valet erumpere, quomodo novas interdum terras in continente naſci Plinius ſcribit *lib. 2. nat. hiſt. 1. 85. & ſeq.*

Non

Non deſunt tamen hic dubitandi cauſæ, & primum hic nobis objici poteſt regula generalis ex *l.* 1. *ff. de cond. ſin. cauſ. l. ſi & me.* 32. *ff. de reb. cred. l. nam hoc.* 14. *ff. de cond. indeb. l. id quod noſtrum. ff. de reg. jur.* nempe rem meam, quæ ad te pervenerit ſine facto meo, ſine cauſa, reddi mihi oportere. Reſpondeo, nec ſine facto meo, hic rem ad alium perveniſſe, quia ædificavi in alieno; nec ſine culpa, quia aut temere id feci, ſi non bona fide poſſedi, aut negligenter, ſi poſſeſſionem tradidi aut amiſi; nec ſine cauſa apud alium eſſe; quia quod beneficio rei ſuæ, & jure acceſſionis cuique acquiritur, id juſta ex cauſa quæſitum cenſetur. *l. in rem.* 23. §. & 4. *ff. de rei vind. l.* 7. §. *voluntas.* 8. & *ſeqq. ff. de acq. rer. dom.* Denique poteſt bon. fid. poſſeſſor fructus perceptos ante litem conteſtatam & adhuc extantes compenſare cum expenſis. *l. ſumptus* 48. *ff. de rei vind.*

Secundo obſtare videtur *l.* 5. *C. de rei vind.* ubi etiam malæ fidei poſſeſſori datur impenſarum ſaltem neceſſariarum repetitio. Reſpondeo, ex eo, quod dicitur impenſarum eſſe repetitio, non continuo ſequitur eo nomine etiam actionem eſſe: ſufficit enim eſſe repetitionem ſuo modo, videlicet per exceptionem & retentionem. Quippe petere & repetere etiam is dicitur, qui utitur exceptione. *l.* 1. *ff. de except. l. amplius.* 15. *ff. rat. rem hab.* neque aliter in *d. l.* 5. *C. de rei vind.* hoc verbum accipi poteſt quoniam ibi agitur de ædificatore conſtituto in poſſeſſione.

Tertio putat D. Cujacius *lib.* 10. *obſ.* 4. poſſe non poſſidentem, ſaltem eum, qui per errorem non deductis ſumptibus rem reſtituit, poſſeſſionem repetere condictione incerti; atque ita adhuc contra agentem oppoſita doli exceptione ſumptus ſervare, *arg. l. ſi uxor filio.* 19. §. 1. *ff. de donat. int. vir. & ux. l. qui except.* 40. §. 1. *de cond. indeb. l. heres.* 21. *ff.*

ff. ad ſenat. Trebell. Hoc commentus eſt vir doctiſſimus, cum non videret, ut ingenue fatetur, qua ratione ſumptus in prædium alienum à poſſeſſore facti jure actionis repeti poſſint, & tamen putaret remedio aliquo etiam in hoc caſu ei conſulendum. Ego vero contra ingenue quoque profiteor, me non poſſe videre, quid loci iſti pro hac Cujacii ſententia faciant. Nam in *d. l. ſi uxor filio.* ne γρὺ quidem de impenſis in rem alienam factis. & *d. l. heres.* tantum abeſt, ut Cujacii ſententiam juvet, ut etiam ei adverſetur, ſicut ſupra oſtenſum eſt, *add. Ant. Fabrum decad.* 26. *err.* 10. Denique aliena plane eſt ab hac diſputatione *d. l. qui exceptionem* §. 1. & ſi quæ forte ſimiles. Multum enim intereſt, utrum quis in rem alienam, qua talem, & quam ſcit ſe reſtituere debere, ac proinde animo alium ſibi obligandi, impenſas faciat, de quo loquitur *d. l. qui exceptionem.* §. 1. (loquitur enim de herede fiduciario, qui domum, quam ex fideicommiſſo debebat reſtituere, ſua impenſa refecit.) an ſuo nomine tanquam in rem propriam, qui caſus hîc à nobis propoſitus eſt, per textus in *l.* 14. §. 1. *ff. comm. divid. l.* 5. *C. de rei vind. l.* 4. *C. de negot. geſt.*

Poſtremo Martinus Gloſſator, eumque ſecutus Johannes Goeddeus in *l. impenſæ.* 79. *ff. de verb. ſign.* objiciunt veriſſimæ huic ſententiæ *l.* 6. §. 3, *ff. de neg. geſt. l.* 8. *ff. de pign. act. l.* 7. §. *ult. ff. ſol. matrim.* ex quibus locis evinci putant, utilem utique negotiorum actionem in propoſito non poſſidenti dandam: ſed fruſtra. Nam in *d. l.* 6. §. 3. agitur de eo, qui ad res alienas, tanquam alienas gerendas aliumque ſibi obligandi animo acceſſit, licet eo propoſito, ut lucrum inde faceret, & res quaſdam interverteret. In reliquis duabus de iis agitur, qui ſumptus fecerunt in rem, quam ex contractu & à domino acceperunt, quos certum eſt vel actione contraria vel negotiorum geſtorum impenſas in eam factas con-

Digitized by Google

conſequi poſſe. Ita poſt *Cyn. Salic. Caſtrenſem in d. l. 5. C. de rei vind. Don. 20. comm. 7. Ant. Fab. dec. 26. err. 9. & ſeqq.* Cæterum Martini ſententiam æquitatis commendatione nunc in foro prævalere teſtantur Molinæus *ad conſuet. Pariſienſ. tit. 1. §. 1. gloſſ. 5. n.* 104. *Zypæ. notit. jur. Belg. de rei vind. Groenew. de leg. abrog. ad* §. 30. *Inſt. de rer. div.* & plures eodem loco allegati.

CAP. XXV.

An bonæ fidei poſſeſſor fructus omnes tam naturales, quam induſtriales percipiendo ſuos faciat?

ETiam tritas & vulgares quæſtiones incudi reddere prohibitum non eſt: & aliquando expedit, propter inventa temporis & uſus. Cujuſmodi quæſtiones duas in præſentia tractare viſum eſt; unam hoc capite, an bonæ fidei poſſeſſor indiſtincte fructus omnes, quos percepit, ſuos faciat? alteram capite proxime ſequenti, an perceptos omnes & adhuc extantes domino rem ſuam vindicanti reſtituere debeat?

Si quis à non domino, quem dominum eſſe credebat, bona fide fundum emerit, vel ex donatione aliave qualibet juſta cauſa æque bona fide acceperit, naturali ratione placuit, fructus, quos percepit, ejus eſſe pro cultura & cura. Ita Juſtinianus in §. 35. *Inſt. de rer. diviſ.* convenienter ſententiæ veterum. *l. qui ſcit. 25. §. 1. l. in pecudum. 28. ff. de uſur. l. bonæ fidei. 48. ff. de acq. rer. dom. cum ſimil.* Quod de fundo ait, idem eſt & in re quavis alia fructum producente. Res igitur, quæ hîc perceptione acquiritur, ſunt fructus, id eſt, id omne, quod ex re naſcitur, ſive quod res fert. Perſona acquirentis eſt bonæ fidei poſſeſſor, id eſt, qui rem animo dominantis tenet, & juſtam cauſam habet, ob quam exiſtimet rem

Digitized by Google

rem ad ſe pertinere, puta eum, à quo eam juſto titulo accepit, dominum fuiſſe, aut jus habuiſſe alienandi. *l. bonæ fidei* 109. *ff. de verb. ſign.* Malæ igitur fidei poſſeſſores huc non pertinent. *d.* §. 35. *l.* 22. *C. de rei vind. l.* 3. *C. de cond. ex leg.* Modus acquirendi eſt perceptio. Perceptioni enim hæc acquiſitio tribuitur, idque naturali ratione propter culturam & curam, ut ait Juſtinianus *d. loc.* Percepti fructus dicuntur, ſimul atque à re, qua tenebantur, ſeparati ſunt: in fundo, cum ſe terra continere deſierunt, veluti ſpica aut fœno cæſo, uva adempta, excuſſa olea, nucibus aut pomis dejectis aut decerptis, licet nondum collecti aut evecti ſint, frumentum nondum tritum, vinum aut oleum nondum factum *l. ſi fructuarius.* 13. *ff quib. mod. uſusfr. am. l. qui ſcit.* 25. §. *ff. de uſur. l. ſi ejus fundi.* 78. *ff. de rei vind.* in animalibus, cum fœtus editus, lac expreſſum, lana detonſa eſt. *l. in pecudum.* 28. *ff. de uſur. l. bonæ fidei.* 48. §. 2. *ff. de acq. rer. dom.* quanquam interdum verbo percipiendi aliquid amplius deſignatur, quam ſimplex illa, quam dixi, fructuum à re ſeparatio. *d. l.* 48. *pr. verſ. denique d. l.* 78. *ff. de rei vind.* At enim perceptio non eſt ſola nec præcipua hujus acquiſitionis cauſa, neque ſola culturæ aut curæ hic ratio habetur: alioqui idem etiam probandum eſſet in malæ fidei poſſeſſore: ſed principalis cauſa eſt in perſona poſſeſſoris, nimirum bona fides, quæ facit, ut poſſeſſor pene pro domino haberi debeat. *d. l.* 25, §. 1. *ff. de uſur. d. l.* 48 *ff. de acq. rer. dom.* & tantum præſtat poſſidenti, quantum rei veritas, ubi lex impedimento non eſt. *l. bona fides.* 136. *de reg. jur.* Perceptio vero magis eſt cauſa ſine qua non.

Quæſitum autem eſt, an non fructuum conditio & qualitas aliquid de hoc acquiſitione mutet, an vero omnes indiſtincte ad eam pertineant. Fructum à ferendo dictum eſſe ſcribit Varro *lib.* 4. *de ling. lat.*

ut

ut ſit id omne, quod res fert. Noſtri autem cum generalius loquuntur, appellatione fructus omnem reditum, omnem obventionem omneque commodum, quod vel ex re naſcitur, vel per cauſam rei percipitur, complectuntur. Hinc nata fructuum diviſio in civiles & naturales. Civiles dicuntur, qui non ex corpore rei naſcuntur, ſed extrinſecus per occaſionem rei percipiuntur: cujus generis ſunt uſuræ, mercedes, penſiones, reditus annui, vecturæ. Quamvis enim hæc proprie fructus non ſunt, *l. ſi navis, 62. ff. de rei vind. l. uſura. 121. ff. de verb. ſign.* in fructibus tamen numerantur, quia vicem fructuum obtinent. *l. uſura. 34. l. prædiorum. 36. ff. de uſur. l. mercedes. 29. ff. de hered. petit.* eorumque etiam ratio habetur in judiciis petitoriis *d. l. 62. de rei vind. l. ancillarum. 27. §. 2. & 3. ll. ſeqq. ff. de hered. pet.* Cæterum de iſto genere hic non quæritur. Fructus naturales ſunt, quos natura ex re ipſa producit. Et horum quidam fere ſolo naturæ beneficio & αὐτομάτως, ſponte magis, quam facto & labore hominum proveniunt, ut poma, oleæ, nuces, lignum, fœnum, &c. aut natura quidem adjutrice; cæterum opera magis & diligentia, ac cultura hominum, cujuſmodi ſunt ſegetes, legumina, aliaque in agris ſata, item fructus pecudum: quippe quæ ſine cura & cultu hominum ſalvæ eſſe non poſſunt, Illos naturales in ſpecie, hos induſtriales, interpretes appellaverunt, propterea quod niſi continua quædam atque in orbem rediens cultura, cura, atque induſtria hominis interveniat, ſola natura hos non producit. Et huc pertinet illud Senecæ, 2. *de benefic.* 11. *Nihil in fructum pervenit, quod non à primo uſque ad extremum æqualis cura proſequitur.* Petita autem eſt hæc diſtinctio ex *l. fructus 45. ff. de uſur.* atque evidenti ratione nixa eſt. Hoc igitur hic quæritur, an fructus tam naturales, ſic in ſpecie dicti, ad hanc acquiſitionem pertineant, & percepti bonæ fidei poſſeſſoris fiant, quam induſtriales,

les, de quibus nulla hîc controverſia? Ego in ea ſententia ſemper fui, ut exiſtimaverim qualitatem fructuum nihil de hac acquiſitione mutare, bonæque fidei poſſeſſorem non minus fructus naturales, quam induſtriales percipiendo ſuos facere. Rationes hæ ſunt. 1. Quia generaliter & ſine ulla fructuum diſtinctione loquitur Imperator *d. §. ſi quis à non domino. 35.* item Juriſconſulti in *d.l. bonæ fidei. 48. ff. de acq. rer. dom. l. 13. ff. quib. mod. uſuſf. am. l. ſi ejus. 78. ff. de rei vind.* 2. Quia ratio Gaii in *l. in pecudum. 28. ff. de uſur.* dicentis ideo fœtum pecudum, lac, pilum, lanam, fieri bonæ fidei poſſeſſoris, quia in fructu ſunt, & ipſa fructus omnes complectitur. 3. Faciunt huc textus in *l. 13. ff. quib. mod. uſuſf. am. l. ſi ejus. 78. ff. de rei vind.* ubi & olea mox cum percepta ſive excuſſa eſt, & fœnum, ſimulatque cæſum & à ſolo ſeparatum eſt, bonæ fidei poſſeſſoris fieri expreſſe traditum eſt. At olea vel maxime fructus naturalis eſt; quippe quam nec raſtros deſiderare, aut falcem ullamve curam teſtantur Virgilius *lib. 2. Georg.* Plinius *lib. 15. nat. hiſt. cap. 1.* Fœnum autem quin fructus quoque naturalis ſit, & ſpontaneus, nemo, opinor, negabit. 4. Evincitur hoc idem ex eo, quod de fructibus conſumptis traditur, dominum de his agere non poſſe, ſed poſſeſſorem bonæ fidei eos lucrari, videlicet eos ipſos, quos percipiendo interim ſuos fecerat *d. §. 35. Inſt. de rer. div. §. 2. Inſt. de offic. jud. l. 4. §. 2. ff. fin. reg. l. certum. 22. C. de rei vind.* Et igitur cum omnes lucretur conſumptos, omnes quoque perceptos ſuos interim facit. 5. Omnem dubitationem tollit locus Pauli in *d. l. 48. ff. de acq. rer. dom.* ubi ſic ſcribit; *Bonæ fidei emptor non dubie percipiendo fructus etiam ex re aliena ſuos interim facit, non tantum eos, qui diligentia & opera ejus provenerunt, ſed omnes: quia quod ad fructus attinet, loco domini pene eſt.* Gloſſa quidem & DD. communiter hæc verba Pauli, *ſed omnes*, reſtrin-

ſtringunt ad fructus induſtriales, qui alterius quam bonæ fidei poſſeſſoris opera provenerunt. Sed hoc oppido quam inconcinnum & violentum eſt. Quis enim non videt, verbum *omnes* à Juriſconſulto non ad operantes, ſed ad fructus ipſos referri, eoque deſignari fructus diverſi generis & qualitatis ab iis, quos dixerat opera poſſeſſoris provenire? Quod ipſum evincit & ratio, quam mox ſubjungit, *quia quod ad fructus attinet, loco domini pene ſit*, quam eandem rationem & Julianus affert, *l. qui ſcit. 25.* §. *1. ff. de uſur.* cuii & illud ſimile, quod idem Julianus ibidem ſcribit, bonæ fidei poſſeſſorem fructus jure ſoli percipere, atque in fructibus percipiendis magis corporis jus, ex quo percipiuntur, quam ſeminis, ex quo oriuntur, ſpectari: unde apparet, induſtriam aut operam non eſſe τὸ οὗ ἕνεκα, cauſam hujus acquiſitionis principalem: nam ſi jure ſoli fructus à bonæ fidei poſſeſſore percipiuntur, utique omnes qui in ſolo naſcuntur, etiam οἱ ἄσπαρτοι καὶ ἀνήροτοι ad hanc perceptionem & acquiſitionem pertinent, ejuſdemque omnes in hac cauſa conditionis ſunt. Poſtremo ſi bonæ fidei poſſeſſor ſibi acquirit fructus etiam ab alio ſatos, in quos ipſe neque operam neque curam ullam impendit, quanto magis ſuos faciet naturales, qui cura illius, ſi non naſcuntur, ſaltem conſervantur?

Objicitur huic ſententiæ *d.* §. *ſi quis à non domino. 35. Inſt. de rer. diviſ.* ubi Juſtinianus ait, placuiſſe fructus perceptos fieri bonæ fidei poſſeſſoris pro cultura & cura. Reſpondeo, vix ulla res eſt, quæ ſine cultura aut cura aliqua fructum ferat: coluntur agri, curantur pecora, plantæ; putantur arbores, vites, ut omnibus notum eſt. Oleæ quoque attonderi & interradi gaudent teſte Plinio *lib. 15. c. 1.* Sed & ſi qui fructus ſine cultu aut procuratione humana proveniant, ut ſylvæ cæduæ, poma, nuces, aliique fructus ſylveſtres, nihilo tamen minus ad hanc acquiſitionem

nem pertinent. Nam, ut ſupra diximus, præcipua & adæquata hujus acquiſitionis cauſa eſt bona fides poſſeſſoris, quæ efficit, ut tanquam alter quidam dominus jure ſoli fructus percipiat, tum conſequens eſt, ut percipiendo etiam ſuos faciat eos, in quos neque culturam neque curam impendit, τὺς αὐτομάτυς, ſive ſpontaneos, qui in ſpecie naturales ab interpretibus vocantur. Tantum quia ἐπὶ τὸ πλεῖστον accidit, ut fructus ſine cultura aut cura non proveniant, ratio hæc à Juſtiniano expreſſa eſt.

Maxime autem huic ſententiæ obſtare putatur locus Pomponii in *l. fructus 45. ff. de uſur.* Verba Pomponii hæc ſunt; *Fructus percipiendo uxor vel vir ex re donata ſuos facit: illos tamen, quos ſuis operis acquiſierit, veluti ſerendo: nam ſi pomum decerpſerit, vel ex ſylva ceciderit, non fit ejus; ſicuti nec cujuſlibet bonæ fidei poſſeſſoris: quia non ex facto ejus is fructus naſcitur.* Ex hoc loco ſatis perſpicue probari credunt plerique interpretes, fructus naturales, id eſt, ſpontaneos & qui ex facto & operis bonæ fidei poſſeſſoris non naſcuntur, ad bonæ fidei poſſeſſorem non pertinere. Expendamus verba. Quid igitur ait Juriſconſultus? Non cujuſlibet bonæ fidei poſſeſſoris fieri fructus, qui ex facto ejus non naſcuntur. Ne hoc quidem nos negamus, ſed hoc dicimus, eum poſſeſſorem bonæ fidei, qui ex juſta cauſa & titulo legibus non improbato rem ab eo, quem dominum eſſe putabat, accepit, fructus omnes ex ea re perceptos ſuos facere. Hoc autem non negat Pomponius: quippe qui non dicit nullius bonæ fidei poſſeſſoris tales fructus fieri, ſed non cujuſlibet: quam enuntiationem non eſſe generalem, ſed particularem oſtendit nota particularis attributionis, quæ hîc eſt negatio univerſalis. Qui dicit, Non cuivis homini contingit adire Corinthum, is tacite fatetur alicui hoc contingere; & cum idem Pomponius *l. 6. pr. ff. de contr. empt.* ait non cujuſcunque rei venditionem

au

aut alienationem eſſe, id non hanc habet ſententiam., nullius rei eſſe venditionem, quod falſum eſſe vel pueri ſciunt, ſed quarundam duntaxat rerum non eſſe, nempe earum, quas vel natura, vel gentium jus, vel mores civitatis commercio exemerunt; cæterarum autem rerum eſſe. *d. l. 6. pr. l. ſi in emptione. 34. §. 1. ff. eod.* Igitur in hac enunciatione, *Non omnis aut non quilibet bonæ fidei poſſeſſor fructus naturales ſuos facit*, cum conſequens non omni antecedenti attribuatur, ſed ſolummodo ejus parti alicui, ſatis apparet, Pomponium non eodem jure omnes bonæ fidei poſſeſſores cenſere: & tacite duo genera ejuſmodi poſſeſſorum facere; unum eorum, qui fructus naturales ſuos non faciunt; alterum, qui hos etiam ſuos faciunt. Atque ita eſt, non omnis bonæ fidei poſſeſſor fructus omnes percipiendo ſuos facit, ſed is ſolum, qui juſto titulo poſſidet, cauſamque juſtam habet, cur exiſtimet rem ad ſe pertinere. Qui autem juſto titulo deſtituitur, quamvis in jure errans ſe dominum factum putet, naturales fructus ſuos non facit, ne cui ignorantia juris in compendiis proſit, contra *l. 4. l. 7. l. 8. ff. de jur. & fact. ign.* & interdum nullos. *l. 13. pr. de cond. indeb,* licet alioqui non malæ, ſed bonæ fidei poſſeſſor exiſtimari debeat, quicunque dolo caret, etſi in jure errat. *l. ſed & ſi. 25. §. ſcire. 6. ff. de her. pet. l. ubi lex. 24. l. ſi. fur. 33. §. 1. ff. de uſuc.* nec ſequitur, injuſte poſſidet, ſeu titulo inutili atque invalido, ergo mala fide. Poſſeſſor prædii minoris ſine decreto alienati poſſidet injuſte, bona tamen fide poſſidet, ſi ignorans rem eſſe minoris, aut in jure errans rem emit, & fructus induſtriales propter bonam fidem ſuos facit. *l. 2. C. ſi quis ign. rem. min.* Talis etiam eſt poſſeſſor fundi dotalis à marito alienati. item rei litigioſæ, & qui à falſo tutore emit, *l. 13. §. ult. ff. de publ. in rem act.* Nam ubi lex impedimento eſt, bona fides in compendiis poſſeſſori non prodeſt. *l. ubi lex. 24. ff.* de

Digitized by Google

de uſuc. l. bona fides. 136. *ff. de reg. jur.* Toties autem impedimento eſt, quoties poſſeſſorem vult teneri in quantum locupletior factus eſt, ut poſſeſſorem hereditatis, *d. l.* 25. §. *conſuluit.* 11. *de her. pet.* item in caſu *l. ſi fructus.* 8. *C. de donat. int. vir. & ux.* & denique, qui ex ea cauſa poſſidet, quæ poſtea ad non cauſam redacta eſt. *l.* 3. *ff. de cond. indeb.* Atque de hoc genere bonæ fidei poſſeſſorum verba Pomponii, *ſicuti nec cujuſlibet, &c.* accipienda ſunt; quippe qui & ſoli ſimiles ſunt conjugi rem à conjuge donatam poſſidenti, & in lucris cæterorum bonæ fidei poſſeſſorum jure non cenſentur. In eo autem diſſimilitudo eſt, quod conjux fructus induſtriales, quos percepit, reſtituere non teneatur, quoniam eos non tantum jure permittente, *l. de fructibus.* 17. *ff. de don. int. vir.* ſed etiam volente conjuge percepit: cæteri, niſi fructus conſumpti ſint, teneantur. de quo uberius *quæſt. ſeq.* *vid. Ant. Fab.* 4. *conject.* 17. *Pinell. in l.* 2. *C. de reſc. vend. p.* 2. *c.* 4. *n.* 60. *Fachin.* 1. *contr.* 57. *Tima. Fab. diſp. ann.* 14. *theſ.* 5. *Bronch. cent.* 3. *aſſert.* 78. *Vult. diſc. ſchol. c. ult. Paul. Buſ. ad d. l.* 45. *Thulden ad d.* § 35. *Inſt. de rer. div. c.* 50. & quod ad praxin attinet, *Groenew. in ll. abrog. ad l. certum.* 22. *C. de rei vind. Pinell. d. loc. Cyprian. Regn. ad d.* §. 35.

CAP. XXVI.

An bonæ fidei poſſeſſor fructus omnes, quos percepit, Domino rem ſuam vindicanti reſtituere teneatur?

SUperiore capite ſatis abundeque probavimus, bonæ fidei poſſeſſorem juſto titulo ſubnixum fructus omnes, quos percepit, tum naturales & ſpontaneos, quam induſtriales ſuos facere. Videndum porro, an quos ita percipiendo ſuos fecit, & ſemel ſibi acquiſivit, domino ſuperveniente & rem ſuam vindicante,

re, retinere poſſit, an vero omnes aut quoſdam reſtituere teneatur? In hac quoque quæſtione concedo in ſententiam τῶν νεωτερικῶν, diſtinguentium inter fructus adhuc extantes & conſumptos; ut illos quidem omnes domino rem ſuam vindicanti reſtituere bonæ fidei poſſeſſor teneatur, hos autem omnes lucretur ſine ullo metu reſtitutionis. De fructibus pendentibus, id eſt, qui nondum à ſolo ſeparati ſunt, nulla eſt controverſia: nam cum hi fructus pars eſſe fundi intelligantur, utique cum ipſo fundo & ipſi vindicantur & reſtituendi ſunt. *l. fructus. 44. ff. de rei vind.* Sed quæritur de extantibus, id eſt, ſeparatis quidem à re, qua tenebantur, ſed nondum conſumptis, an illi omnes domino reſtituendi, an vero naturales duntaxat? Et omnes ſine diſtinctione reſtituendos eſſe multa evidenter arguunt.

Primum illud, quod Juſtinianus ſcribit, de conſumptis fructibus dominum agere non poſſe. §. *ſi quis 35. Inſt. de rer. div.* §. *2. Inſt. de offic. jud.* & Paulus *l. 4.* § *2. ff. fin. reg.* bonæ fidei poſſeſſorem fructus conſumptos lucrari. Unde ex contrario recte colligitur, de non conſumptis ſeu extantibus adhuc, licet à ſolo ſeparatis, dominum agere poſſe, eoſque bonæ fidei poſſeſſorem non lucrari.

Deinde ſi bonæ fidei poſſeſſor eoſdem fructus, quos percepit & percipiendo ſuos interim fecit, ante conſumptionem eorum domino vindicanti reſtituere debet, utique omnes debet reſtituere, & tam induſtriales, quam naturales; quoniam vel maxime & citra controverſiam induſtriales ad acquiſitionem, quæ perceptione fit, pertinent.

Sed quid opus eſt multa ad confirmationem hujus ſententiæ argumenta congerere, cum habeamus expreſſam auctoritatem in *l. certum 22. C. de rei vind.* ubi ſic reſcribunt Imperatores; *Certum eſt malæ fidei poſſeſſores omnes fructus ſolere cum ipſa re præſtare,*

bonæ fidei vero extantes; poſt autem litis conteſtationem univerſos. Neque poſſis cum Donello extantes hîc accipere pro pendentibus: nam præterquam quod hoc non admittit hujus verbi uſus, utique vel ipſo Donello fatente, naturales, licet à ſolo ſint ſeparati, reſtituendi ſunt. Atque hæc cauſa eſt, cur Africanus in *l. quæſitum. 40. ff. de acq. rer. dom.* ſcribat, bonæ fidei poſſeſſorem conſumptos demum ſuos facere; & Paulus *l. 4. §. lana ovium 19. ff. de uſucap.* conſumptos vel uſucaptos, nimirum quia hi ſoli re evicta non reſtituuntur. Sic ergo concludimus, bonæ fidei poſſeſſorem fructus omnes, quos percepit tam induſtriales quam naturales non conſumptos debere reſtituere, quemadmodum è converſo omnes conſumptos tam naturales, quam induſtriales lucratur. Non obſtat, quod conjux non reſtituit fructus induſtriales rei à conjuge ſibi donatæ, quamvis adhuc extent: nam, ut præcedenti capite dictum eſt, id hanc rationem habet, quod conjux ex voluntate domini, id eſt, conjugis donatoris, idque jure publico permittente hoſce fructus ſibi acquirat.

Illud autem non parum nobis obſtare videtur, quod ſola perceptione dicuntur fructus fieri bonæ fidei poſſeſſoris: nam ſi hoc verum eſt, falſum eſt eos demum bonæ fidei poſſeſſoris fieri conſumptione. Reſpondeo, falſum eſſet, ſi hæc eidem rei attribuerentur eadem ratione. Sed ſciendum eſt, geminam eſſe dominii acquiſitionem, unam perpetuam, & citra voluntatem aut factum domini irrevocabilem, alteram temporalem & revocabilem, ex cauſa ſuperveniente, quæ dominii cauſam tollat: quale eſt jus mariti in re dotali, quod ſoluto matrimonio ab eo recedit; & heredis fiduciarii, quod cedente die fideicommiſſi in fideicommiſſarium tranſit; item heredis in re ſub conditione legata. *l. non ideo. 66. ff. de rei vind. l. generaliter. 29. §. 1. ff. qui & à quib. man.*

Digitized by Google

man. Et tale quoque in propoſito eſt jus bonæ fidei poſſeſſoris in perceptis necdum conſumptis fructibus uſque ad evictionem. Nimirum cauſa hujus acquiſitionis præcipua eſt bona fides: quippe quæ efficit, ut poſſeſſor perinde quaſi dominus jure ſoli fructus ſuos faciat, quamdiu de vero domino non conſtat: at eo ſuperveniente & rem ſuam vindicante, jam cauſa illa & ſimul jus, quod dixi, ceſſare incipit, cogiturque poſſeſſor fructus omnes, qui modo tempore evictionis ſeu litis conteſtatæ extant, officio judicis reſtituere. Neque enim ſublato jure, quod in ſolo habebat, ſola ratio culturæ & curæ eum defendere poteſt, ut fructus retineat: ſed ad hoc ſolum prodeſſe, ut oppoſita doli mali exceptione ſumptus ſervet & conſequatur, ut dominus aut pretium ejus, quod impenſum eſt, ſolvat; ſin minus, patiatur ſumptus cum fructibus pro rata penſari, & pro illis partem fructuum poſſeſſorem retinere. *arg. l. ſi à domino. 36. §. ult. de her. pet.*

Innuit hoc ipſum non obſcure Paulus Juriſconſultus in *l. bonæ fidei 48. ff. de acq. rer. dom.* cum ait, bonæ fidei poſſeſſorem fructus ex re aliena percipiendo ſuos interim facere. Quare enim ait *interim?* Non aliam procul dubio ob cauſam, quam ut ne quis credat ſola perceptione ſic fieri fructus bonæ fidei poſſeſſoris, ut nunquam poſtea ſint reſtituendi rei domino. Quod ſi quis putet fruſtra id conſtitutum eſſe, quaſi illa perceptio & fructuum interim acquiſitio nihil commodi afferat poſſeſſori, eo quod utique ſi adhuc extent, domino rem ſuam petenti reſtituendi ſint, is ſciat & bonæ fidei rationem hoc exigere, *l. qui ſcit. 25. § 1. ff. de uſur. l. bona fides. 136. ff. de reg. jur.* nec ſine effectu eſſe. Prodeſt enim bonæ fidei poſſeſſori ad hoc, ut ſi fructus ab alio percepti ſint aut ab alio poſſideantur, eos tanquam ſuos vindicare poſſit, tribuitque ei jus fructibus pro arbitrio ſuo utendi, eoſque pro neceſſitate

aut utilitate ſua aut familiæ ſuæ diſtrahendi aut conſumendi; cujus rei hic iterum effectus, ut domino rem ſuam evincenti conſumptorum nomine non teneatur, quorum alioqui æſtimationem præſtare deberet.

Plus negotii facit reſponſum Gaii in *l. in pecudum. 26. pr. ff. de uſur.* ubi Juriſconſultus ait, ea, quæ in fructu ſunt, ſtatim pleno jure fieri bonæ fidei poſſeſſoris & fructuarii. Quod autem ſtatim pleno jure acquiritur, id non poteſt dici conſumptione demum irrevocabiliter acquiri. Quid ergo reſpondemus? nimirum eum, qui cum de acquirendo agitur, dicit bonæ fidei poſſeſſorem fructuum ſimul ut percepti ſunt, ſtatim dominum fieri pleno jure aut in ſolidum, non continuo negare jus illud ex cauſa eſſe revocabile: neque de eo laborare debuit Gaius in *d. l. in pecudum.* in comparatione fœtuum pecudum cum partu ancillæ, qui in fructu non eſt, & ideo uſucapione demum acquiritur. *d. l. in pecudum.* §. 1. Sic idem Juriſconſultus in *l. generaliter.* 29. §. 1. *ff. qui & à quib. man.* ait, ſervum ſub conditione legatum, pendente conditione pleno jure heredis eſſe: quem tamen conſtat exiſtente conditione ab eo abiturum, & demum ejus fieri irrevocabiliter conditione deficiente. Sic denique emptio facta lege commiſſoria perfecta & plena eſt, licet conditione deficiente reſolvatur. *l. 1. ff. de leg commiſſ.* Illud non magni ponderis eſt, quod dicitur, bonæ fidei poſſeſſorem idem jus habere, quod dominis prædiorum tributum eſt, & plus etiam juris, quam habet fructuarius. *d. l. qui ſcit.* 25. §. 1. *ff. de uſur.* Nam ſi hoc ſimpliciter verum eſſet, ne naturales quidem fructus extantes reſtitueret, quos tamen eſſe reſtituendos inter omnes convenit. Et loquitur expreſſe Juriſconſultus de jure fructus ab initio acquirendi. Paulus in *l. bonæ fidei* 48. *ff. de acq. rer. dom.* de bonæ fidei poſſeſſore loquens caute addidit particulam *penè*: quia, inquit,

quit, quod ad fructus attinet, loco domini pene eſt.

Porro quemadmodum bonæ fidei poſſeſſor fructus omnes extantes reſtituere debet, ut dictum & plene probatum eſt: ita ex contrario eorum nomine quos conſumpſit, cujuſcunque ſint generis, non tenetur, nec ullos reſtituit, quod & ipſum abunde probatum putamus. Cæterum alia hic exoritur dubitatio, & quæritur, etiam ab iis, qui hactenus idem nobiſcum ſentiunt, an non ſaltem bonæ fidei poſſeſſor ad reſtitutionem fructuum conſumptorum teneatur, quatenus ex iis factus eſt locupletior? Et verius eſt eum non teneri. Ratio eſt, quia non alienos, ſed ſuos conſumpſit: & cum nunquam domini fundi fuerint, non poteſt dici rem domini ad eum perveniſſe, eumve ex re aliena locupletatum. *l.* 1. §. 2. *ff. de pignor.* Quod ſi legum quæritur auctoritas, textus omnes, qui de conſumptis fructibus loquuntur, generaliter & ſine ulla reſtrictione negant horum nomine bonæ fidei poſſeſſorem teneri. Imperatores in *l. certum.* 22. *C. de rei vind.* ajunt bonæ fidei, poſſeſſorem extantes duntaxat præſtare ſolere, quaſi de conſumptis inquirendum non ſit. Paulus *l.* 4 §. 2. *ff. fin. reg.* ait poſſeſſorem fructus, quos bona fide percepit & conſumpſit lucrari oportere, quod utique falſum eſſet, ſi eos quatenus locupletior factus ſit, teneretur reſtituere. nemo enim ſine lucro locupletari poteſt. Ad hæc, quod bene notandum eſt, tantum tribuit bonæ fidei poſſeſſori conſumptio, quantum uſucapio, auctore eodem Paulo in *l.* 4. §. *lana.* 19. *ff. de uſuc.* at uſucaptorum nihil redditur.

Injicitur tamen hic nobis ſcrupulus aliquis ex *l. ſed & 25.* §. *conſuluit.* 11. *l. illud quoque.* 40. §. 1. *ff de her. pet.* qui ſcrupulus prius quam hinc diſcedimus, evellendus eſt. Quid igitur locis iſtis reperitur, quod nobis incommodet? nempe judicio petitionis hereditatis bonæ fidei poſſeſſorem teneri, in quo factus eſt locupletior. Item in reſtitutione heredita-

ditatis venire fructus tanquam hereditatis augmenta, per quos poſſeſſor locupletior factus eſt. Reſpondemus, non eadem eſt in quæſtione propoſita judicii univerſalis, quod & perſonales præſtationes habet, & ſingularum rerum petitionis ratio. Poſſeſſor hereditatis nec ab initio fructus percipiendo ſuos facit, nec poſtea conſumendo lucratur: ſed ſtatim ubi ab eo percepti ſunt, in numerum rerum hereditariarum recipiuntur, ipſamque augent hereditatem: unde fit, ut eodem jure, quo ipſa corpora hereditaria, & fructus petantur, atque in reſtitutionem hereditatis veniant. *l. item veniunt.* 20. §. 3. *de her. petit.* quæ omnia ſecus ſe habere conſtat in vindicatione rerum ſingularum. Nimirum cum is, qui pro herede poſſidet, ex falſa cauſa poſſideat, viſum eſt ſenatui, non ultra poſſeſſori hereditatis conſulere, quam ut ne damno afficiatur, quomodo ei conſulitur, qui tenetur condictione indebiti. *l. indebiti.* 15. *ff. de cond. ind.* unde ex contrario etiam mitius quo caſu eum tractari voluit, ſcilicet ut ſi quid dilapidaverit, aut perdiderit, dum ſua ſe re abuti putat, non teneatur. *d. l. ſed & ſi. §. conſuluit. ff. de her. petit.* vide præter allegatos *c. præc. Ioan. à Sande lib.* 3. *rer. jud. c.* 15. *defin.* 1. *ubi in Friſia ſic judicatum refert. Nicol. Thulden. in annot. ad praxin civ. Damhoud. c.* 104. *n.* 13. *Pinell. ubi ſup. c. præc.* ubi ait, nunc ubique fere tantum ſervari formam. *l.* 22. *C. de rei vind.* in fructibus à bonæ fidei poſſeſſore perceptis poſt litis conteſtationem: eorum qui ante percepti ſunt, ſive conſumpti ſint, ſive adhuc extent, ſive ex iis locupletior poſſeſſor factus ſive non, rationem non haberi, inſuper quoque habita fructuum qualitate, ut litium ambages vitentur.

Digitized by Google

CAP. XXVII.

An ex iis cauſis, ex quibus dominium citra traditionem poteſtate juris transfertur, etiam ante traditionem Publiciana experiri liceat?

HÆc quæſtio minus trita & vulgaris, quam duæ ſuperiores: ad cujus deciſionem antequam perveniamus, more noſtro præcurſionem quandam adhibebimus. Actio Publiciana eſt actio in rem prætoria, quæ competit de re, quam quis ex juſta cauſa ſibi traditam à non domino bona fide accepit, ſi ejus nondum dominus effectus poſſeſſionem caſu amiſit. §. 4. *Inſt. de actio.* Eſt actio in rem prætoria: nam jure civili nulla niſi rei ſuæ vindicatio. *d.* §. 4. Juſta cauſa eſt, ex qua re à vero domino tradita, dominium in accipientem tranſiret, quod intellectum eſt ex verbis edicti, *& nondum uſucaptum petet. l.* 1. *ff. de Publ. in rem act.* Hæc enim verba declarant Publicianam proponi de eo, quod traditum in ea cauſa ſit, ut uſucapi poſſit: non poteſt autem res uſucapi, niſi tradita ſit ex iis cauſis, ex quibus dominium transferretur, ſi dominus eſſet, qui tradit. *Inſt. de uſuc. in pr.* cujuſmodi cauſæ ſunt emptio, donatio, legatum, dos, &c. *d. l.* 1. §. *ult. & ll. ſeqq.* Bona fide accepiſſe intelligitur, qui eum, à quo rem accepit, aut dominum eſſe putavit, aut jus transferendi habere, puta procuratorem aut tutorem eſſe. *l. bonæ fidei.* 109. *ff. de verb. ſign.* Traditionem latius hîc accipimus, ut etiam rerum incorporalium quaſi traditio contineatur, uſus nimirum accipientis & patientia conſtituentis: nam & uſusfructus & ſervitutum conſtitutarum nomine Publiciana competit. *l. ſi ego.* 11. §. 1. *de Public. in rem act.* Nec dubitandum quin in rebus corporalibus ad fundandam Publicianam ſufficiat etiam ficta traditio: cujus multæ ſunt ſpecies & modi, veluti per fictionem brevis manus,

nus, traditionem clavium, appoſitionem cuſtodis, &c. Necdum dominus effectus dicitur, qui rem à non domino acceptam nondum uſu cepit. *d. l.* 1. §. 1. *eod.* ubi Ulpianus ait, ſi res uſucapta ſit, actorem habere actionem civilem, nec deſiderare honorariam. quanquam nec ipſi domino Publiciana deneganda, forte cum difficilis eſſet, ut fere ſolet, dominii probatio, hac actione, tanquam remedio expeditiore, ſub qualitate bonæ fidei poſſeſſoris, omiſſa quæſtione dominii, uti malit, quam civili in rem actione experiri. Introducendæ enim hujus actionis cauſa fuit difficultas probandi dominii. Quin & uſu forenſi receptum eſt, ut eodem libello Publiciana cum rei vindicatione cumulari atque alternatim proponi poſſit, id eſt, res peti jure dominii vel quaſi dominii. *Oldendorp. claſſ.* 3. *act.* 3. *Mynſing. ad* §. 4. *Inſt. de act. n.* 62. *Gail.* 1. *obſ.* 62. *n.* 5. Atque hæc quidem ὡς ἐν παρόδῳ. Tranſgrediamur nunc ad quæſtionem propoſitam.

Igitur, ſicut jam intelleximus, ut actioni Publicianæ locus ſit, rem vel vere vel ficte traditam eſſe oportet: nam cum nec ſine traditione poſſeſſio transferri; nec ſine poſſeſſione uſucapio procedere poſſit. *l.* 25. *ff. de uſucap.* conſequens eſt nec poſſe colorem quæſiti per uſucapionem dominii prætexi, ubi res tradita non eſt. Quid ergo, an non licebit ex iis cauſis, ex quibus dominium citra traditionem poteſtate juris transfertur, etiam ante traditionem Publiciana experiri? Nimirum etſi regulariter & jure gentium dominia rerum ſine traditione non transferuntur. *l. traditionibus.* 20. *C. de pact.* §. *per traditionem.* 4. *Inſt de rer. div.* jure tamen civili quibuſdam ex cauſis etiam ſine traditione, veluti aditione hereditatis, reſtitutione fideicommiſſi univerſalis, agnitione bonorum poſſeſſionis, legati, fideicommiſſi ſpecialis, donatione mortis cauſa, venditione aut donatione facta civitati, eccleſiæ, locis ad curam

curam & alimoniam egenorum publice comparatis, *l.* 23. §. 1. *C. de SS. eccleſ.* Finge igitur v. c. rem alicui legatam eſſe ab eo, qui dominus putabatur, aut ex SC. Trebelliano alicui reſtitutam hereditatem, quæritur an is Publiciana experiri poſſit, etiamſi non fuerit nactus poſſeſſionem? Negat D. Bachovius *diſput.* 3. *de act. theſ.* 18. Utitur Bachovius hoc argumento, cui putat nihil eſſe, quod reponi queat, nempe quod Publiciana non datur, niſi ei, qui uſucapere cœpit: adeo inquit, ut auctore Jaſone in *d.* §. 4 *n.* 17. argumentum ab uſucapione ad Publicianam, & contra, affirmative & negative procedat: uſucapio autem ſine poſſeſſione non contingit. *l.* 25. *ff. de uſucap.* ac proinde, inquit, ceſſat in caſu propoſito color dominii per uſucapionem acquiſiti, quod ſit eſſentiale hujus actionis requiſitum, ut ſcilicet actor intendat ſe uſucepiſſe: quod utique prætendere non poſſit, ubi res tradita non eſt, neque poſſeſſio tranſlata. Hoc amplius, inquit, etſi DD. vulgo exiſtimant, quoad effectum transferendi dominii, ſufficere rem traditam eſſe, licet vacua rei poſſeſſio tradita non ſit, neminem tamen eſſe, qui non ſtatuat, opus eſſe vacuæ poſſeſſionis traditione, ut procedat uſucapio.

Ego vero totum hoc ad eas duntaxat ſpecies pertinere arbitror, in quibus ad dominium acquirendum traditione aut apprehenſione poſſeſſionis eſt opus: edictumque conceptum eſſe de eo, quod ἐπὶ τὸ πολὺ accedit. Quibus autem ex cauſis dominium adipiſcimur, etiam antequam poſſeſſionem nacti ſumus, ex his etiam antea agi poſse, ex ſententia, ſcilicet & ratione edicti, quod eorum omnium gratia comparatum eſt, qui alias onere probandi dominii premerentur etiam ab injuſtis rei poſsesſoribus. Nam, ut Ulpianus ſcribit *l.* 2. §. *in Publiciana* 8. *ff. de Public. in rem act.* in Publiciana actione omnia eadem ſunt, quæ in rei vindicatione ac proinde quem-

quemadmodum ſi in caſu hoc noſtro res à vero domino legata, aut vere hereditaria fuiſſet, legatario aut heredi fideicommiſſario competeret rei vindicatio, etiamſi poſſeſſionem ejus rei nacti non eſſent: ita ſi res à non domino legata ſit, aut non ſit ex corporibus hereditatis reſtitutæ, danda erit legatario aut fideicommiſſario in rem Publiciana, quamvis nec illi poſſeſſionem nacti ſint. Atque hoc diſerte reſponſum eſt de eo, cui ex Trebelliano reſtituta eſt hereditas. *l. cum ſponſus.* 12. §. 1. *d. tit.* item de domino, cujus ſervus cum in fuga eſſet, rem à non domino emit. *l. ſi ſervus.* 15. *eod.* His autem caſibus cum uſucapio procedere non poſſit. *d l.* 25. *ff. de uſuc.* apparet prætenſionem dominii per uſucapionem quæſiti non eſſe hujus actionis requiſitum eſſentiale: & proinde non eſſe perpetuum, quod quidam tradunt, Publiciana neminem agere poſſe, niſi qui fuerit in conditione uſucapiendi. Sed & hoc ipſum falſum exiſtimo, quod actor hanc actionem inſtituens expreſſe intendat aut prætendat ſe uſucepiſſe. Quamvis enim Juſtinianus ſcribat, in hac actione eum, qui poſſeſſionem amiſit, dicere eam rem ſe uſucepiſſe: illa tamen actoris intentio non ad nuda iſta verba exigenda eſt, ſed ad effectum & ſententiam verborum: quoniam ſic agitur, quaſi actor uſucepiſſet. Non dicet igitur expreſſe ſe rem uſucepiſſe, quod falſum eſt, & conſtitutioni hujus actionis contrarium: ſed quod ad omnem actionem recte inſtituendam pertinet, cauſam actionis ſua intentione complectetur, Dicet ſe rem, de qua agitur, bona fide v. c. emiſſe à Lucio Titio, & ab eo ſibi traditam bona fide accepiſſe, petere ſe, ut ſibi reſtituatur. Hoc autem qui dicit, vi ipſa intendere videtur ſe uſucepiſſe, quia idem petit & jure prætorio conſequitur, quod peteret & conſequeretur jure civili, ſi uſucepiſſet. In cauſis ex quibus & qui nondum poſſeſſionem nactus eſt, Publiciana agere poteſt, dicet actor

actor rem ſibi à L. Titio legatam, aut eam in hereditate L. Titii fuiſſe, quam aut ipſe crevit, aut reſtitutam ſibi ex ſenatuſconſulto obtinet: quibus caſibus cum Publicianæ locus ſit uſucapione non inchoata *d.l.* 12. §. 1. *d.l.* 15. *de Publ. in rem act.* dominium quaſi uſucapione quæſitum fingi aut prætendi non poteſt. Hæc olim fuit Petri de Bella-pertica opinio, probata Jo. Fabro in §. 3. *Inſt. eod. n.* 12. & Donello in §. 4. *eod. n.* 4. *&* 14.

CAP. XXVIII.

Vſusfructus ſitne dividuus, an individuus?

QUæſtio hæc non tantum ad uſumfructum pertinet, ſed etiam ad cæteras res incorporales, puta hereditatem, obligationes & actiones, exceptis ſervitutibus prædiorum & nudo uſu, quæ individua eſſe apud omnes in confeſſo eſt. Dividuum noſtris eſt, quod dividi poteſt ſive in partes numero diſcretas, ut decem aurei, decem boves, centum amphoræ vini: ſive in partes corporum, ut omnes res corporales, fundus, homo, navis, &c. licet plerumque harum rerum diviſio in partes diſcretas fieri non poſſit, ſine rei interitu aut corruptione, veluti ſi homo gladio in partes ſecetur. Navem ſi dividas, inquit Caſcellius apud Macrobium, nec tu nec ſocius habebitis. Sed juris noſtri auctores alia ratione dividendi utuntur, ad commoditatem hominum & rei cujuſque naturam accommodata. *l.* 9. §. 1. *ff. de ſolut.* Cum enim de diviſione in partes corporis loquuntur, non intelligunt partes diſcretas & naturaliter diviſas, ſed indiſcretas & inter ſe confuſas, ac intellectu magis, quam corpore diviſas, ipſo rei corpore integro manente: verbi cauſa, cum dicimus Titium & Sempronium ejuſdem rei eſſe dominos, rem diviſam in partes eſſe ſignificamus, quarum unam Titius, alteram Sempronius habeat. Verum hæ

hæ partes corporaliter ſeparatæ non ſunt, ſed confuſæ & commixtæ, ut neuter poſſit ſuam partem à parte ſocii ſui diſcretam oſtendere. *l. 5. ff. de ſtipul. ſerv. l. Mævius 66. §. 2. ff. de legat. 2.* Atque hæ partes proprie appellatione partium continentur; quia cum diviſio ac ſeparatio corporalis ſit, jam non ampſius uno corpore tenentur, ſed ſingulæ per ſe corpus diſcretum conſtituunt, & totum quiddam verius, quam pars ſunt: verbi cauſa, ſi fundus in partes pro diviſo dividatur, jam duo fundi eſſe incipiunt. *l recte 25. §. 1. ff. de verb. ſign. l. 6. §. 1. ff. comm. præd.* Quamvis autem dividuitas per ſe non poteſt convenire niſi corpori ſive rei corporeæ, nihil tamen prohibet, quominus etiam res incorporales, modo tales ſint, ut quod ex his percipitur, natura dividi poſſit, intellectu in partes pro indiviſo ſecernantur, ut non ex eo, quod ſunt natura dividuitas in his æſtimetur, ſed ex emolumento, quod propter partem diviſim percipitur: cum in emolumento ipſa pars quodammodo percipi videatur. Cujuſmodi res ſunt hereditas, obligatio & petitio cujuſque rei dividuæ, uſusfructus. Quidquid enim recipit communionem, talem etiam recipit diviſionem. Hoc intereſt inter res pleraſque mobiles, puta ſervum, equum, & res incorporales, quod illæ per rerum naturam etiam facto ipſo dividi pro partibus diviſis, & ita corrumpi poſſunt: at hæ, jura incorporalia ne quidem per rerum naturam facto ipſo dividi poſſunt. Ea, quæ in nominibus ſunt, in judicio familiæ erciſcundæ non dividi, cum ipſo jure in portiones hereditarias ex lege duodecim tabularum diviſa ſint, legimus in *l. 6. C. fam. erciſc.* De hereditate, niſi teſtator aliter diviſerit, eam diſtribui in duodecim uncias, quæ aſſis appellatione continentur. *§. hereditas 5. Inſt. de hered. inſtit. l. 13. §. 1. ff. eod. add. l. 1. 3. & 4 ff. ſi pars hered. petit.* De uſufructu; de quo hic ex profeſſo, cum pro parte

con-

Digitized by Google

conſtitui poſſe, & legitimo tempore ſimiliter amitti. *l. 5. ff. de uſufruct.* pro parte nos frui poſſe, uti non poſſe *l. uſus. 19. ff. de uſu & habit.* uſumfructum dividi poſſe, nec ſicut cæteræ ſervitutes individuæ ſunt, ita & ipſum individuum eſſe. *l. 1. §. ſi uſusfructus 9. ff. ad leg. Falcid.* Uſumfructum legatum venire in computationem legis Falcidiæ, quia diviſionem recipit: adeo ut ſi duobus legatus fuerit, ipſo jure ad ſingulos partes pertineant. *l. ſi uſusfructus 81. ff. eod. tit.* Cernitur autem maxime hæc dividuitas, cum pluribus in eundem uſumfructum conjunctis, aut concurſu partes fiunt, aut deficientium partes conjunctis accreſcunt. *tot. tit. ff. de uſufr. accreſ.* Nec putandum eſt uſumfructum dici dividuum tantum reſpectu partium fundi fructuarii, poſſunt enim in eodem fundo indiviſo partes uſusfructus diverſæ à diverſis haberi: & cum in judiciis diviſoriis cautionibus interpoſitis, qualiter fruantur, à communione diſceditur, aut cum per legem Falcidiam uſusfructus minuitur, non ideo fundus in plures partes minutiores diſpeſcitur. *l. ſi cujus 13. §. 3. ff. de uſufr. l. 7. §. cum de uſufructu. 10. ff. comm. div. l. & puto. 16. pr. ff. famil. erciſc.* Cur igitur ſervitutes prædiorum individuæ? *l. via. 17. ff. de ſervit. l. 1. §. ſi uſusfructus. 9. ff. an leg. Falcid. l. ſtipulationes non dividuntur. 72. ff. d. verb. oblig.* Reſp. hoc non ex eo eſt, quod ſunt res incorporales, ne quis erret; ſed quia in ſolo uſu conſiſtunt, & ſolo ſervitute utentis facto, pura euntis, agentis, aquam ducentis, tignum immittentis, projicientis, &c. terminantur, nulla re relicta, quæ dividi poſſit. Uſusfructus autem dividuus eſt, quia licet & ipſe in facto ab initio conſiſtat. *l. un. ff. quand. dies uſusfr. leg.* facto tamen ſolo non terminatur, ſed poſt ſe relinquit & fructuario adjicit fructus atque omnem rei utilitatem; qui fructus cum dividi poſſint, etiam jus eorum percipiendorum dividuum habetur: quamvis

vis ipſius juris nulla ſit phyſica diviſio. Recipiunt quidem & prædiorum ſervitutes diviſionem per tempora, ſed ita uſus ſervitutum non dividitur, ſed per intervalla diſtinguitur, ut nihilominus tota ſemper utamur ſervitute, *l.* 5. §. 1. *ff. de ſervit.* & eſt tantum modus adjectus toti ſive uſui totius. *l. arbor.* 19. §. *ult. ff. comm. divid.* Putaverit tamen aliquis non magis uſumfructum, quam uſum dividuum dici poſſe, cum uſus, ut diſputat Hotomannus *illuſtr. quæſt.* 20. ſit pars homogenea uſusfructus: uſus autem cujuſque ſemper in ſolidum eſt. *l. uſus* 19. *ff. de uſ. & habit. l.* 5. §. *ult. ff. commod.* Sed falſum eſt, quod Hotomannus aſſumit, uſum formalem ſive ſeparatum, partem eſſe ſive homogeneam ſive heterogeneam uſusfructus: & partium illa in ſimilares & diſſimilares diſtinctio, propria eſt partium corporis.

Ex contrario putaverit aliquis non minus uſum quam uſumfructum dividuum eſſe, & partes pro indiviſo recipere, quoniam uſus nihil aliud ſit, quam parvus quidam uſusfructus. Sed & hoc quoque falſum eſt: nam uſusfructus continet omnem utilitatem, quæ ex re percipi poteſt, uſus ſolos eos fructus, qui neceſſitati utentis ſufficiunt. Nihil impedit, fructus omnes inter plures dividi: at res non patitur, ut plures ſimul, quiſque ad ſuam neceſſitatem, & tamen pro parte re utantur. In uſufructu nulla habetur ratio neceſſitatis fructuarii, ſed tantum fructuum, qui quavis ratione ex re obvenire poſſunt, nam fruimur etiam ad compendium: in uſu vero non ad fructus reſpicitur, ſed tantum ad indigentiam perſonæ uſuarii, cujus ſolo facto & conſumptione uſus terminatur, nihil relinquens, quod dividi poſſit: in quo uſus ſimilis ſervitutibus prædiorum. Plures in eundem uſumfructum conjungi poſſunt, in eundem uſum plures conjungi non poſſunt: qua enim ratione uſus diviſionem non recipit, eadem nec recipit communionem. Hinc eſt, quod uſus amiſſus

Digitized by Google

amiſſus ſemper ad proprietatem redit, uſusfructus amiſſus ad conjunctum. *tit. ff. uſufr. accreſc.*

Exemplo res fiet illuſtrior. Ponamus ſylvæ amplæ & copioſæ uſum tribus perſonis legatum eſſe, quæ vel decem ſatis lignorum ad rei familiaris uſum ſuppeditare queat. Hîc legatarii non habent tres partes (diviſas vel indiviſas) unius uſus, ſed pro ſe quiſque uſum ſolidum & diſtinctum. Contra eſt, ſi hîc uſumfructum pluribus legatum eſſe ponamus. Nam unius rei poſſunt plures eſſe uſus; quia nihil impedit, quominus quiſque, verbi cauſa, tantum lignorum cædat, quantum ei ſufficiat ad uſum & conſumptionem quotidianam. Uſusfructus autem non niſi unus ejuſdem rei eſſe poteſt, cum per rerum naturam fieri nequeat, ut plures in ſolidum fruantur, & ſinguli omnem fructum atque utilitatem percipiant. Si equi uſusfructus duobus legatus ſit; equus locari poteſt, & penſio inter utrumque dividi. *l.* 7. §. *cum de* 10. *ff. comm. div.* Si uſus equi legatus, locari nequit, ſed tantum uterque ad ſuam neceſſitatem equo uti poteſt. Quod ſi uterque eodem tempore indigeant equo ad negotia ſua, apparet eos in uſu concurrere non poſſe; nec ita igitur res tranſigetur, ut *d. l.* 7. §. 10. ſed neceſſe erit uni ſoli uſum adjudicari, & hunc alteri in præſtationem æſtimationis partis condemnari, *l. item.* 10. § 1. *ff. de tit.* aut utendi facultatem temporibus inter eos dividi arg. *l. arbor.* 19. §. *ult. ff. eod.* Atque hoc ita propter neceſſitatem. *d. l.* 10. §. 1. Reddetur autem utile communi dividundo judicium per *l. ſi cum duorum.* 32 *ff. de ſtip. ſerv.* Non obſtat, quod apud Ulpianum legimus, ſi tibi uſus, mihi fructus legetur, concurrere nos in uſu. *l. per ſervum.* 14. §. 2. *ff. de uſu & habit.* quoniam in tali ſpecie ita concurrit cum uſuario fructuarius, ut percipiat, quod uſuario ſupererit, & ipſo interim etiam fruendi cauſa uſum habeat, ſeu uſum cauſalem, qui fructui ſemper ineſt,

l. ſi

Digitized by Google

l. ſi. alii, 42. junct. d. l. 14. §. 1. ff. eod. Quod vero generaliter traditum eſt in *l. ſtipulationes. 72. ff. de verb. oblig.* viam, iter, actum, cæteraſque ſervitutes diviſionem non recipere, id ad uſumfructum non pertinet, ſed eo ſenſu dictum eſt, quo ſervitutes prædiorum per excellentiam abſolute ita nominantur. §. *ult. Inſt. de uſu & habit. l. 4. & paſſim. ff. de ſervit. DD. comm. ad d. l. 72. & ad l. 2. ff. de verb. oblig. Gomez. 2. reſol. 10. n. 18 Caſtil. tract. de uſufr. c. 31.* Diſſentit *Hotom. quæſt. illuſtr. c. 20.* cujus objectionibus facile ex iis, quæ à nobis diſputata ſunt, occurri poteſt.

CAP. XXIX.

An teſtator poſſit fructuario remittere partem cautionis fructuariæ, quæ eſt de re finito uſufructu reſtituenda?

JUs eſt uſufructuario rebus alienis utendi fruendi, ſed ſalva rerum ſubſtantia, id eſt, dum ita utatur & fruatur, ut rem ſalvam ſervet domino. Quapropter, ut dominus ſecurus eſſe poſſit de proprietate, deſiderante eo fructuarius cavere cogitur, & uſurum ſe boni viri arbitratu, & cum uſusfructus ad eum pertinere deſinet, reſtiturum quod inde extabit. *l. 1. & tot. tit. ff uſufr. quemad. cav.* quæ cautio ſatisdatio eſt, id eſt, cavere debet fructuarius datis fidejuſſoribus: *l. 13. pr. ff. de uſufr. l. 4. C. eod.* habet autem iſta ſtipulatio duas cauſas, propter quas interponitur, unam de uſu, alteram de reſtitutione; quarum prior ſæpius committi poteſt, quoties nimirum aliter utitur fructuarius, quam vir bonus arbitrabitur: poſterior ſemel duntaxat, uſufructu ſcilicet quoquomodo finito. *d. l. 1. §. pen. uſufr. quemad. cav.* Pertinet porro hæc cautio ad omnem fructuarium; *d. l. 13. ff. de uſufr. d. l. 1. §. 1. & 2. l. 9. §. 1. ff. uſuf. quam. cav.* excepto patre fructuario bono-

norum filii adventitiorum, *l.6. §. non autem. l. ult. §. 4. in fin. C. de bon. quæ lib.* quod datum reverentiæ paternæ: item eo, cui uſufructu pure legato proprietas ex die debetur, ex edicti nimirum ſententia, quia certum eſt proprietatem ad eum perventuram. *l. 9. §. ult. ff. uſufr. quem cav.* Interpretes & fiſcum excipiunt, & donatorem omnium vel etiam partis bonorum retento uſufructu. Quod rationem habet, par *l. 1. §. ſi ad fiſcum. 18. ff. ult. leg. nom cav. & l. inter eos. 19. §. 1. ff. de re jud.* Sed & in quaſi uſufructu cautio à fructuario præſtanda, (quæ & ipſa ſatisdatio eſt) nimirum ſe cum morietur aut capite minuetur, reſtituturum non eadem quidem corpora, quæ accepit, quod iis conſumptis fieri non poteſt, ſed tantundem, aut eorum æſtimationem. *§. 2. Inſt. de uſufr. l. 7. ff. de uſufr. ear. rer. quæ uſ. conſ.* nam clauſula de utendo boni viri arbitratu ad quaſi uſumfructum pertinere non poteſt, ut recte Caſtillo *tract. de uſufr. c. 15. n. 13.* In utroque autem uſufructu & vero & quaſi, cautio adeo neceſſaria eſſe putatur, ut ne teſtator quidem eam remittere fructuario valeat. per *l. pen. C. ut in poſſ. leg. l. 1. C. de uſufr. l. 6 ff. ut in poſſ. legat. Gail. 2. obſ. 145. Caſtill. d. tract. c. 15. poſt DD. in d. l. 1. & d. l. pen.* Et quidem illud conſtat remiſſione cautionis facta à teſtatore non vitiari legatum ipſum uſusfructus, ſed non obſtante hac remiſſione legatarium cautione oblata uſumfructum petere poſſe. *l. 6. ff. ut in poſſ. leg. l. 1. C. de uſufr.* quamvis contrarium putet Hunnius *reſol. ad Inſt. lib. 2. tract. 2. quæſt. 26.* idque duplici, ſed utroque inepto & futili argumento. Primum petitum eſt ex *l. 7. pr. ff. uſufr. quem. cav.* ubi Juriſconſultus ait, ſi res uſusfructus nomine non exacta ſatisdatione tradita ſit, poſſe heredem rem vindicare, & ſi objiciatur exceptio de re uſusfructus nomine tradita, replicandum eſſe. Reſpondeo primum, idem obtinere, & ſi teſtator cautionem non remiſit; neque

que ullum in eo textu verbum extare, unde colligi poſſit, de eo caſu loqui Juriſconſultum, quo cautio remiſſa eſt. Sententia Juriſconſulti minime obſcura, ſed plana eſt, nempe ſi heres forte per oblivionem cautione non exacta rem fructuariam tradidit, poſſe eum rem vindicare, & excipientem legatarium de re uſusfructus nomine tradita, niſi paratus ſit ſatisdare, replicatione doli mali removere. Alterum argumentum Hunnii eſt, quia quicquid contra legem fit, ipſo jure nullum eſt. Concedimus nullum eſſe, quod contra legem fit, ſed non ultra quam quatenus in legem peccatum eſt. Non peccat autem teſtator in legem legando uſumfructum, ſed contra legem facit remittendo cautionem: quam remiſſionem idcirco etiam nullius momenti eſſe fatemur. Sic etſi donatio quæ ſummam quingentorum ſolidorum excedens actis inſinuata non eſt, contra legem fiat, non tamen ideo in totum irrita eſt, ſed tantum quatenus legitimum modum excedit. *l. ſancimus. 34. C. de donat.* Cæterum an in totum verum ſit & ad utramque clauſulam cautionis fructuariæ pertineat, quod vulgo traditur, cautionem iſtam à teſtatore remitti non poſſe, merito dubites. In quaſi uſufructu quoniam proprietas tranſit in fructuarium, nec fructuarius præſtat cautionem de re boni viri arbitratu utenda, & finito uſufructu reſtituenda ipſa re, ſed tantum de reſtituendo tantundem, non poteſt teſtator remittere cautionem de tali vel tali ſumma reſtituendâ. *l. 6. ff. ut in poſſ. leg. l. 1. C. de uſufr.* Ratio eſt, ut hac ſaltem via ſecuritatem ſibi addere poſſit proprietarius, quippe qui hîc finito uſufructu nullam actionem in rem adverſus fructuarium habeat, ſed perſonalem duntaxat, ſcilicet quantitatis condictionem, *l. 5. §. 1. ff. de uſufr. ear. rer.* quæ actio proprietario inutilis erit, ſi finito uſufructu debitor inops reperiatur. At in vero & proprio uſufructu, cum cautio ad hæc duo pertineat, primum ut fru-

ctuarius boni viri arbitratu utatur & fruatur; deinde ut rem finito uſufructu reſtituat, hîc primam quidem cautionem teſtator remittere non poteſt, *l. pen. C. ut in poſſ. leg.* quoniam remoto hujus cautionis metu invitaretur ad delinquendum in re aliena, quod fieri non debet, arg. *l. ſi unus. 27. §. 3. ff. de pact.* tum etiam quia hic heres quidem habiturus eſt actionem contra fructuarium, ubi res negligentia ejus deterior facta eſt. *l. 13. 2. verſ. denique ff. de uſufr.* cæterum quæ heredi inutilis futura, ſi forte finito uſufructu ad inopiam fructuarius redactus fuerit. At probabiliter defendi poteſt, teſtatorem poſſe remittere cautionem de re reſtituenda: quia etſi ea omiſſa ſit, habet tamen proprietarius actionem in rem, qua rem ipſam finito uſufructu vindicet. *l. 3. §. ult. l. 7. pr. l. ult. verſ. ſi igitur. ff. uſufr. quem. caveat.* & ſic poteſt teſtator prohibere ne legatarii aut fideicommiſſarii cautionem ab herede exigant nomine legati vel fideicommiſſi. *l. 1. pr. ff. ut leg. nom. cav. l. pen. C. ut in poſſeſſ. legat.* & ideo in *d. l. pen.* non vetatur teſtator remittere ſatiſdationem de re finito uſufructu reſtituenda, ſed duntaxat de utendo fruendo boni viri arbitratu. Ita memini diſputare ſolitum virum clariſſimum & Collegam quondam noſtrum D. Petrum Cunæum piæ memoriæ.

CAP. XXX.

An in argumento de ſervitutibus prædiorum ſola ædificia ad uſum urbanum comparata urbanorum prædiorum numero habenda?

SIcut prædia vel urbana ſunt, vel ruſtica, ita & ſervitutes, quæ iis inhærent, vel urbanorum prædiorum ſunt, vel ruſticorum; ſic enim à ſubjectis ſervitutes diſtinguuntur. *l. 1. ff. de ſervit.* Prædia ruſtica ſunt loca ædificiis vacua, in urbe area, horti, ruri ager. *l. fundi 211. ff. de verb. ſign.* Urbana autem

Digitized by Google

tem prædia in hac materia appellamus ædificia omnia, etſi in villa ædificata ſunt. *l. 1. ff. comm. præd.* §. 1. *Inſt. de ſerv. præd.* Quæ igitur locis puris inhærent, prædiorum ruſticorum ſervitutes ſunt; quæ ædificiis, prædiorum urbanorum: diſtinctione ſcilicet non à loco ſumpta, ſed à materia vel genere prædii. *l. fundi.* 166. *l. urbana.* 198. *ff. de verb. ſign.* Sunt tamen, qui à fine ſumptam putant, & ea ſola ædificia urbanorum prædiorum numero eſſe, quæ habitandi cauſa parata ſunt: horrea autem quæ ruri ædificantur, ad fructus reponendos & cuſtodiendos, magis eſſe ut prædia ruſtica cenſeantur. *Capoll. de ſervit. urb c. 11. n. 2. Mynſ. VVeſenb. Vult ad* §. 1. *Inſt. d. tit. Bronch. cent. 1. aſſ.* 95. Sed male mea quidem ſententia, quod quidem ad propoſitam tractationem attinet. Fac enim unum è dominis, qui vicina aut contigua horrea habent, alteri, cui forte ad grana à paleis repurganda flatu venti opus ſit, ceſſiſſe ſervitutem altius non tollendi, aut jus alteri conſtituiſſe tigni immittendi in parietem horrei ſui. Hæ ſervitutes utique urbanæ dicendæ ſunt, non ruſticæ. Quid enim intereſt, horreum, an aliud ædificium altius non extollatur, in parietem horrei, an in quem alium tignum immittatur: In conſtituendo, in amittendo omnia eadem: idem juris effectus in oppignerando, novo opere nuntiando. Ratio autem non patitur, ut una eademque ſpecie ſervitus nunc urbana, nunc ruſtica dicatur. Non eſt tamen hæc ſententia uſquequaque expedita. Scribit enim Neratius *l. 2. ff. de ſervit. præd. ruſt.* licere altius tollere & officere prætorio vicini ſervitutem eſſe prædii ruſtici: atqui prætorium ſignificat id ædificium, in quo dominus, ſi quando ruri eſt, habitat, ſeparatum ab habitatione villici, ut ex Columella & Palladio conſtat, quale tamen prædium urbanum eſſe cæteri omnes fatentur. Reſp. Neratium illic ſuo arbitrio loqui, non conſiderato juris effectu. Quod

ut

ut perfectius intelligatur, ſciendum eſt, prædia, eorumque jura dupliciter conſiderari, vel ſimpliciter, qua conſideratione nihil prohibet ea loco diſtinguere, quod fecit Neratius; vel cum effectu juris; qua conſideratione nunquam loco diſtinguuntur. Cum quæritur de jure taciti pignoris, quod domino tribuitur in invectis & illatis ab inquilino in prædium urbanum, non autem in invectis & illatis in prædium ruſticum à colono, *l. 4. l. 7. ff. quib. in cauſ. pign. tac.* urbanum prædium accipimus etiam tabernas, ſtabula, aliaque meritoria, etiam quæ non ſunt in continentibus ædificiis, ſed in villis & vicis, vel ipſo teſte Neratio *d. l. 4.* §. 1. Villa autem fructuaria & habitatio villici in hac cauſa prædia ruſtica habentur. arg. *l. urbana* 198. *ff. de verb. ſign.* Cum quæritur de alienatione prædiorum pupillarium aut minorum viginti quinque annis, quæ ſi ruſtica ſint aut ſuburbana, oratione Severi ſine decreto prohibentur alienari. *l. 1. ff. de reb. eor. qui ſub tut.* (quod conſtitutione Conſtantini ad urbana quoque prædia poſtea extenſum eſt. *l. 22. C. de adm. int.*) prædia à fine & uſu diſtinguuntur, & ruſtica quoque intelliguntur horti olitorii & vinarii, qui in urbe ſunt, & villæ fundi cauſa & propter opus ruſticum ædificatæ: reliqua ædificia, ſtabula meritoria, etſi ruri ſint, horti quoque ædificiorum, unde nihil aut parum reditus, & multo magis area, pro prædiis urbanis habentur. *d. l. urbana. ff. de verb. ſign.* quo loco Ulpianus orationem illam Severi interpretatur, ut Cujacius 7. *obſ.* 24. *& Goedd. ad d. l. urbana* bene obſervaverunt. Similiter cum de ſervitutibus ſimpliciter quæritur, quorum prædiorum ſint, loco itidem, ut prædia ipſa, diſtingui poſſunt, quod fecit Neratius *d. l. 2. ff. de ſerv. præd. ruſt.* At cum quæritur de vi & effectu juris in iis conſtituendis, acquirendis, amittendis, pignorandis, novo opere earum nomine nuntiando (vide *l. 1. l. 6. ff. de ſerv. præd.*

urb. l. 6. l. 7. §. 1. ff. comm. præd. l. 11. §. ult. & l. ſeq. ff. de pign. l. 5. §. & belle. 9. l. 14. ff. de op. nov. nunt.) loci ratio nulla habetur. Sed quæ ædificiis inhærent, urbanæ; quæ locis puris, ruſticæ dicuntur. Et quia hac conſideratione neque ulla ædificia poſſunt eſſe ſubjectum ſervitutum ruſticarum, nec loca ulla ædificiis vacua ſubjectum urbanarum, hinc factum, ut ædificia omnia, etiam quæ in villis & vicis ſunt, ſive ad uſum urbanum, puta ad habitandum, ac viatores recipiendos, aliumve quæſtum faciendum comparata ſint, ſive ad uſum ruſticum, ad fruges condendas & cuſtodiendas, ad ſtabulanda pecora, prædia urbana habeantur: contra, loca omnia ædificiis vacua, etiam area in urbe & horti ad voluptatem comparati, prædia ruſtica, diſtinctione ſubjecti ad naturam ſervitutum, accommodata. idque contra Cæpollam & alios ſupra allegatos etiam Bachovius bene obſervavit ad §. 1. *Inſt. de ſervit. præd.* Non obſtant iis, quæ diximus *l. 7. §. 1. l. iter. 14. ff. comm. præd. l. ſervitutes. 20. §. 1. ff. de ſerv. præd. urb.* ubi iter dicitur deberi per prædium urbanum. Nam & iter, quod debetur per ædes, ſervitus ruſtica eſt: quippe quod fere debetur per aream, quæ hîc inſtar fundi habet: neque etiam ad iter, qua debetur per ædes, quicquam ſtructura ædificii facit, imo magis eſt impedimento. Ulpianus in *l. 11. §. 1. ff. de publ. in rem act.* aquæductum per domum tranſductum vocat ſervitutem prædii urbani; quæ tamen & ipſa revera ruſtica eſt, ſi de vi & effectu juris, de quo ſupra diximus, quæritur, & ſervitutum diſtinctio non à re, quæ debet ſervitutem, ſed ab ea, cui debetur, ſumitur. *l. 1. §. & datur. 43. ff. de acq. cott. & act.* Denique ſublato ædificio hujuſmodi ſervitus adhuc præſtari poteſt.

Digitized by Google

CAP. XXXI.

An in præſcriptione ſervitutum ſemper opus ſit titulo?

SErvitutes, utpote res incorporales, in quas non cadit poſſeſſio, natura ſua uſucapi non poſſunt. *l. ſervus.* 43. §. 1. *ff. de acq. rer. dom. l. ſervitutes.* 14. *ff. de ſervit. l. ſi aliena.* 10. §. 1. *ff. de uſuc.* Et quamvis olim moribus ſive auctoritate prudentum introducta eſſet ſervitutum in prædiis urbanis uſucapio, quod in his videatur eſſe continua quædam, ſi non poſſeſſio, at ſaltem quaſi poſſeſſio, cum ruſticarum ſervitutum uſus non ita ſit continuus: tamen quia nec urbanæ ſervitutes vere poſſidentur, lex Scribonia denuo harum uſucapionem, quæ moribus contra rationem juris invaluerat, ſuſtulit, ut poſt legem Scriboniam & tempore mediæ juriſprudentiæ non magis urbanorum prædiorum ſervitutes, quam ruſticorum uſucapi potuerint. *l.* 4. §. *ult. ff. de uſuc. d. l.* 10. §. 1. *eod. d. l.* 14. *ff. de ſervit.* ubi duplex ratio affertur, cur prædiorum ruſticorum ſervitutes non uſucapiantur, 1. quia incorporales ſunt, ac proinde nec poſſidentur. 2. quia earum uſus non eſt continuus, ſed interruptus. Prior ratio etiam locum habet in ſervitutibus prædiorum urbanorum, & ſola ſufficit ad impediendam uſucapionem: atque ideo in *fin. pr. d. l.* 14. additur, *Idem & in ſervitutibus prædiorum urbanorum obſervatur.* Poſterior autem cauſa ceſſat in ſervitutibus urbanis: atque hinc harum duntaxat uſucapio, non etiam ruſticarum introducta fuit.

Etſi autem ſervitutes uſucapi nequiverint, id eſt, biennio, quo tempore olim uſucapio rerum immobilium in ſolo italico implebatur, acquiri: tamen potuerunt decem vel inter abſentes viginti annorum diuturno uſu ita acquiri, ut tanquam jure impoſitæ,

Digitized by Google

utilibus actionibus vindicarentur, *d. l.* 10 *ff. ſi ſerv. vind. l.* 1. *in fin. ff. de aq. & aq pluv. arc* Atque eo pertinet *l.* 2. *C. de ſerv. & aq.* ubi Antoninus ait, ſervitutes tempore acquiri, exemplo rerum immobilium: nempe præſcriptione decem annorum. Non enim de uſucapione ſervitutis Imperator loquitur; ſed de præſcriptione, quæ non directam, ſed utilem actionem dat: & de rebus immobilibus ſeu prædiis provincialibus, quorum non erat uſucapio, ſed duntaxat præſcriptio. Sic idem Imperator in *l.* 1. *C. eod. tit.* non loquitur de uſucapione ſervitutis, ſed de præſcriptione, quæ longi temporis conſuetudine vicem ſervitutis obtinet. Porro decem annorum uſu, qui pro poſſeſſione eſt, omnes ſervitutes acquiruntur generalis enim eſt definitio *d. l.* 10. *ff. ſi ſerv. vind. d. l.* 1. *in fin. ff. de aq. & aq. pluv.* Ac proinde rejiciendum eſt diſcrimen inter ſervitutes continuas & diſcontinuas, quaſi illæ decem annis, hæ non niſi tempore immemoriali præſcribantur. Quamvis enim uſus corporalis in pleriſque ſervitutibus ruſticorum prædiorum, puta itinere, actu, &c. continuari nequit *d. l. ſervitutes.* 14. *ff. de ſervit.* poſſeſſio tamen earum non amittitur, quamdiu animo retinetur. §. 5. *Inſt. de interdict. l.* 3. §. *ſed &* 7. *ff. de acq. poſſ.* Nam quod iſtis locis de rebus corporalibus dicitur, id vel magis in rebus incorporalibus obtinere debet, & eſt hujus rei argumentum in *l.* 1. §. 2. *ff. de itin. act. priv.* Hodie poſt transformatam à Juſtiniano uſucapionem, & uſucapionem rerum ſoli cum longi temporis præſcriptione confuſam, ſervitutes tam uſucapione, quam præſcriptione acquiri recte defendi poteſt, uſucapione videlicet Juſtinianea, arg. *l. ult. in fin. C. præſcr. long. temp. junct. l. un. C. de uſuc. transform.*

Exiſtimo autem, quæ & communis eſt ſententia, ſervitutes duobus modis per ſe & principaliter longa quaſi poſſeſſione acquiri poſſe. Aio per ſe & principaliter,

paliter, quoniam ſervitutes etiam cum ædificiis longo tempore capi poſſunt; *l.* 10. §. 1. *ff. de uſuc.* ſed uno duntaxat modo, quo ſcilicet & ipſa ædificia: ac tum non tam ipſa ſervitus uſucapitur, quam prædium; quod uſucaptum ſuæ conditiones ſequuntur. arg. *l. via.* 23. §. *ff. de ſerv. præd. ruſt. l. traditio.* 20. §. 1 *ff. de acq. rer. dom.* Primus modus quo ſervitus per ſe longo uſu acquiritur, eſt, ſi ſervitute ex juſta cauſa ſive titulo à non domino prædii, quem tamen dominum eſſe credebamus, conſtituta per decem vel viginti annos continenter uſi fuerimus, qui modus cum rerum corporalium uſucapione ſeu præſcriptione communis eſt, ac de hoc modo accipienda eſt *l. ult. C. de long. temp. præſc.* ut patet ex ipſo contextu. Et quia hic poſſeſſionis initium eſt à non domino prædii, ideo etiam titulus hic neceſſarius eſt: at contra ignorantia dominum nihil juvat, uti nec in uſucapione rerum corporalium. *d. l. ult. C. de præſt. long. temp.* Alter modus ſervitutum eſt proprius, ſi nullo quidem titulo præcedente, cæterum nec vi, nec clam, nec precario, id eſt, domino prædii ſervientis ſciente & patiente, quod hic pro traditione & vice boni initii eſt, per continuum legitimi temporis ſpatium ſervitute uſi ſimus. Nimirum quia hic initium poſſeſſionis eſt ab ipſo domino, ideo ſcientiam quidem domini, à quo poſſeſſionis initium profectum eſt, requirimus: titulum autem non item: quoniam ſi etiam titulus adeſſet, puta ſi dominus prædii mihi ſervitutem conſtituiſſet & tradidiſſet ex cauſa venditionis, donationis, &c. ſervitus ſtatim citra præſcriptionem pleno jure acquireretur, per *l. nunquam.* 31. *pr. ff. de acq. dom.* §. *per traditionem.* 40. *Inſt. eod.* Ad hunc poſteriorem modum pertinet. *l. ſi quis.* 10. *ff. ſi ſerv. vind. Si quis*, inquit ubi Ulpianus, *diuturno uſu & longa quaſi poſſeſſione jus aquæ ducendæ nactus ſit, non eſt ei neceſſe docere de jure, quo aqua conſtituta eſt, veluti ex legato, vel alio*

modo: ſed utilem habet actionem, ut oſtendat per annos forte tot uſum ſe, non vi, non clam, non precario, poſſediſſe. Diſplicet quidem hæc ſententia Franciſco Duareno *lib.* 1. *diſp. c.* 34. ubi verba illa Ulpiani, *non eſt ei neceſſe docere de jure, quo aqua conſtituta eſt,* interpretatur de jure civili & directo, quaſi hæc ſit Juriſconſulti ſententia, ei qui ita aquæ ductum nactus eſt, recte ſervitutem quæſitam videri, quamvis jure, id eſt, jure civili & directo non ſit conſtituta, & ob id eum non debere probare de juſta ſervitutis conſtitutione, puta eam ſibi donatam, aut legatam, &c. eſſe. Sed hæc interpretatio neque verbis Ulpiani neque ſententiæ convenit. Verbis non convenit, quia Ulpianus ipſe exemplo declarat, ſe verbo juris intelligere titulum, dum ait, *veluti ex legato*, ut perinde habendum ſit, ac ſi dixiſſet, non eſſe utenti neceſſe docere de titulo, quo aqua conſtituta ſit. Nam ut hoc exemplo intelligamus non titulum poſſeſſionis acquiſitæ, ſed modum, quo aqua jure civili impoſita ſit, verba non patiuntur: poteſt enim ſervitus legati ab eo, qui non ſit dominus fundi, à quo ſervitutem jure conſtitutam nemo dixerit. Quod ſi à domino legatam accipimus, jam hoc non conveniet Juriſconſulti ſententiæ, qui quæſtionem proponit de eo, qui jus aquæ ducendæ nactus eſt diuturno uſu & longa quaſi poſſeſſione. At cui à domino prædii ſervitus legata eſt, is eam ſtatim à principio ſibi recte conſtitutam habet. Similis locus ſuperiori eſt in *l.* 1. *in fin. ff. de aq. & aq. pluv.* ubi idem Juriſconſultus definit, in ſervitutibus hoc nos ſequi, ut ubi ſervitus non invenitur impoſita, videatur is habuiſſe longa conſuetudine, velut jure impoſitam ſervitutem, qui diu uſus eſt nec vi, nec clam, nec precario. Non invenitur ſervitus impoſita, cum non invenitur titulus, quo eſt impoſita: nam tituli ſunt cauſæ, ex quibus res quæque acquiruntur. Ait Juriſconſultus hoc jus nos ſequi in ſervitutibus, quo ſignificat hoc eſſe

ſer-

ſervitutum proprium, & in eo eſſe aliquid diverſum ab uſucapione & præſcriptione rerum corporalium; nihil autem hic proprium eſſet ſervitutum, ſi in hac acquiſitione etiam titulum poſſeſſionis exigeremus. Ait denique longa conſuetudine ſervitutem ita acquiri, ſi quis uſus ſit nec vi, nec clam, nec precario: quibus verbis exigitur, ut uſus ſit domino prædii ſciente: at titulo accedente & bona fide, ignorantia domini uſucapionem ſive longi temporis præſcriptionem non impedit. *l. ult. in fin. C. de præſcr. long. temp.* Denique idem plane ſignificatur in *l. 2. C. de ſerv. & aq.* nempe jus aquæ ducendæ longo tempore acquiri, ſi quis per fundum ſciente & patiente domino fundi aquam tanto tempore duxerit. Non poteſt hoc ſine vitio intelligi de eo, qui titulum habet: Nam ſi eum habeat à domino, ſtatim illi ſervitus quæſita eſt: ſi à non domino, procedit longi temporis præſcriptio etiam vero domino ignorante. *d. l. ult. C. de long. temp. præſcr.* Unde etiam liquet illa Imperatoris Antonini verba in *d. l. 2. ſervitutem exemplo rerum immobilium tempore quæſiſti*, continere duntaxat comparationem ſervitutum & rerum immobilium ratione temporis, quo per poſſeſſionem acquiruntur; non autem ſimplicem & reſpectu omnium conditionum: ut hic ſit ſenſus, quemadmodum res immobiles ſoli provincialis (loquitur enim Imp. non de uſucapione rerum ſoli italici, quæ biennio implebatur, ſed de longi temporis præſcriptione, quæ locum habebat in prædiis provincialibus) longi temporis poſſeſſione quæri poſſunt, ita poſſe & ſervitutem aquæductus acquiri, ſi quis aquam per fundum domini eo ſciente nec contradicente per idem tempus duxerit. Fruſtra igitur hunc locum contra communem urget Coraſius in *l. ſervitutes. 14. n. 31. ff. de ſervit.* Moveri non debemus *l. nullo. 24. C. de rei vind. l. ult. C. de uſuc. pro herede.* aut ſimilibus locis, quibus traditur, nullo juſto titulo

Digitized by Google

præcedente poſſidentes dominium quærere prohiberi; uſucapionem non præcedente vero titulo non procedere. Nam & poſſeſſionis, & dominii, & uſucapionis verba, quibus iſtæ ſententiæ conceptæ ſunt, declarant eas pertinere ad uſucapionem rerum corporalium, in quas ſolum proprie cadit poſſeſſio, uſucapio, dominium. In his rebus & nos concedimus nullam eſſe uſucapionem, niſi juſto titulo præcedente. At in ſervitutibus diſtinctio ſuperior obſervanda eſt, ut ſiquidem initium poſſeſſionis ſervitutis profectum ſit à non domino prædii, qui tamen dominus eſſe putabatur, etiam titulus ad ſervitutem tempore acquirendam deſideretur, ut in uſucapione rerum corporalium. *l ult. C. de long. temp. præſcr.* At ubi poſſeſſionis initium proficiſcitur ab ipſo fundi domino, qui ſciens patitur nos per longi temporis ſpatium ſervitute uti, ita, nos uſos eſſe ad præſcriptionem ſervitutis ſufficit, nec titulus requiritur, imo non niſi inepte, ut ſupra oſtendimus, requireretur. Atque eo pertinet, quod dicitur in *l. 1. in fin. ff. de aq. & aq. pluv. in ſervitutibus hoc nos jus ſequi*, &c. nimirum in ſervitutibus ſolis, non etiam in rebus corporalibus, aut ipſis prædiis. Ne quis autem captet, quod ſupra diximus, ſcientiam & patientiam domini in hac acquiſitione ſervitutis eſſe vice boni initii, & quoque loco traditionis, atque inde colligat ita ſtatim ſervitutem quæri, non ex longa temporis poſſeſſione: is cogitet hic abeſſe titulum, & ideo per hanc quaſi traditionem non ſtatim ſervitutem noſtram fieri, *arg. l. nunquam. 31. ff. de acq. rer. dom.* ſed hoc tantum effici, ut locus ſit præſcriptioni. vide *Balbum de præſcr. p. 2. q. 2. n. 1. quart. part. princ. Covar. 1. var. reſol. c. 17. n. 7. Coſtal. in l. 10. ff. ſi ſerv. vind. Caſtill. tract. de uſufr. c. 68. n. 16. Fachin. 8. contr. 22.* & in primis *Donell. 11. comm. 12.* Diſſent. *Duar. 1. diſp. 34. Hotom. 8. obſ. 11. Coraſ. loco ſupra allegat. Ravard. ad leg.*

Digitized by Google

leg. Scribon. c. 7. quorum ſingulorum argumen is ex profeſſo occurrit *Schiford. ger. lib. 1. tract. 6. quæſt. 1. & ſeqq.*

CAP. XXXII.

An quæ ſervitutes prędiorum pignori dari poſſint?

CErti atque explorati juris eſt, fructuarium poſſe uſumfructum, id eſt, jus utendi fruendi pignori hypothecæve dare, etiam invito proprietario, & ſi velit proprietarius cum creditore agere, non eſſe ei jus utifrui invito ſe, prætorem exceptione tueri creditorem. *l. 11. §. ff. de pign.* ubi hujus rei etiam ratio redditur, quod & emptorem uſusfructus prætor tueatur, ducto ſcilicet argumento à majori. *l. 9. §. 1. ff. eod.* Eſt & alia ratio, quia fructus rei etiam in eo eſt, ut pignori dare liceat. *l. ult ff. de uſur. l. fructus. 72. ff. de reg. jur.* Non obſtat *l. 6. C. de uſufr.* quia non loquitur de oppigneratione uſusfructus, ſed proprietatis, cujus pignorandæ jus nullum uſufructuarius habet. Contra autem Juriſconſultus in *d. l. 11. §. ult. ff. de pign.* de ſervitutibus prædiorum urbanorum definit, nempe jura prædiorum urbanorum pignori dari non poſſe. Concepta eſt hæc definitio nominatim de ſervitutibus prædiorum urbanorum: unde quidam exiſtimaverunt, eam ad jura prædiorum ruſticorum non pertinere. Sed verius eſt non magis ſervitutes prædiorum ruſticorum pignori dari poſſe, quam urbanorum; eandemque in propoſito harum atque illarum eſſe rationem. Argumenta ſunt hæc. 1. quia ſervitutes prædii, ſunt prædii qualitates. *l. quid aliud. 6. ff. de verb. ſign.* prædio cui conſtitutæ ut ſubjecto ſuo ſic inhærentes, ut ab eo diveili nequeant, & in aliud transferri ſine conſenſu domini prædii ſervitutis. ac proinde non niſi oppignerato ſimul prædio oppignerari poſſunt. ſic

uti nec vendi poſſunt ſine prædio: quamvis prædio vendito ſimul cum prædio, cui debentur, transferuntur. *l. traditio.* 20. §. 1. *ff. de acq. rer. dom. junct. l. cum eſſent.* 33. §. 1. *de ſerv. præd. ruſt. Bronch. cent.* 2. *aſſ.* 75. Prædio autem ipſo oppignerato datur creditori petitio ſervitutis prædio jam ante impoſitæ, non quidem directa, ſed utilis; ſicuti & ipſius fundi ei utilis petitio datur. *l. ei qui.* 16. *ff. de pign.* **2.** Quia hæc oppigneratio ſervitutis eſſet inutilis creditori, propterea quod neque ipſi creditori deberi hujuſmodi ſervitus poteſt, cum non ſit ſervitus perſonæ; neque prædio creditoris; quoniam quæ ſervitus meo prædio debetur, non poteſt transferri in aliud prædium, niſi conſentiente domino fundi ſervientis, & tunc nova eſſet ſervitus. Imo tantum abeſt, ut poſſim ſervitutem meo prædio conſtitutam in alterius prædium transferre, ut ne quidem tranſferre poſſim in aliam mei ipſius prædii partem. *l. ex meo.* 24. *ff. de ſerv. præd. ruſt.* Et hæc quidem ita procedunt in ſervitute prædio conſtituta ſive formali; ea non poteſt alteri oppignerari: Cæterum, poſſum prædio meo ruſtico ſervitutem imponere jure pignoris, id eſt, paciſci, ut fundus meus creditoris mei fundo ſerviat; donec pecuniam debitam ei ſolvero. *l. ſed an via.* 12. *ff. de pign.* qui textus uti de ruſticorum tantum prædiorum ſervitutibus loquitur, ita & de ſolis ruſticorum prædiorum ſervitutibus intelligendus eſt, non etiam de ſervitutibus urbanis, quia in his diverſa ratio eſt, nempe quod ſervitutes urbanæ non niſi uni & ei, cui ab initio conſtitutæ ſunt, utiles eſſe poſſunt: ſervitutes ruſticæ etiam tertio alicui: quod paulo poſt plenius explicabitur. Valet autem hæc conventio non ipſo jure (nam ſervitus prædii ad tempus conſtitui non poteſt. *l. 4. ff. de ſervit.*) ſed prætor eam tuetur ob utilitatem contrahentium. *d. l.* 12. *in fin. ff. de pign.* quemadmodum & alia multa tuitione prætoris defendun-

Digitized by Google

ſenduntur, quæ ipſo jure non valent. *d. l. 4. ff. de ſervit. l. 2. ff. comm. pręd. l. ſi unus, 27. §. 2. ff. de pact. l. obligationum. 44. §. 1. ff. de oblig. cum ſimilib.* Ex cauſa autem venditionis ſic ab initio quævis ſervitus tam urbana, quam ruſtica conſtitui poteſt ipſo jure, *l. pen. §. 1. ff. de contr. empt. l. 3. §. 2. ff. de act. empt. l. 6. §. 5. ff. eodem.* quibus locis abutitur Cujacius 15. *obſ. 6.* ad oſtendendum etiam formales ſervitutes vendi poſſe ſine prædio, cum in iis tantum agatur de cauſalibus, ut Doctores noſtri loqui amant, id eſt, de conſtituendis, non de conſtitutis. Sed nec illud verum eſt, quod Cujacius pro vero ponit, ſervitutes conſtitutas poſſe precario dari, per *l. 3. ff. de pręd.* nam illic non agitur de ſervitute conſtituta data precario à domino prædii dominantis, ſed precario rogata à domino prædii ſervientis, & hic non tam jus aliquod reale conſtitui videtur, quam perſonale. Multo minus idem colligi poteſt ex *l. 8. §. 5. ff. eod.* quippe quæ non de ſervitute precario rogata loquitur, ſed de ſervitute rei precario acceptæ debita.

Igitur, ut cœpimus dicere, ſervitutes formales, id eſt, jam conſtitutæ, ſive ſint ruſticæ, ſive urbanæ, pignori dari non poſſunt: quia ſine injuria domini prædii ſervientis efficere non poſſum, ut ſervitus, quæ meo prædio debetur, debeatur etiam prædio mei creditoris *fac. arg. in l. ſervitutes. 20. §. ſtillicidium. 5. ff. de ſerv. præd. urb. l. ex meo. 24. de ſerv. pręd. ruſt. l. non debet 74. de reg. jur.* At poteſt ſervitus prædii ruſtici, puta via, iter, actus, aquæductus, pignoris cauſa ab initio conſtitui, hac lege nominatim adjecta, ut pecunia ad diem non ſoluta, liceat creditori eam alii vicino vendere. *d. l. 12. ff. de pign.* quia hic nulla fit injuria domino ſundi ſervientis, qui ipſe ſibi hanc legem dixit. In ſervitutibus autem urbanis, licet eadem lege conſtituantur, idem receptum non eſt. *d. l. 11. in fin. ff. eod. junct.*

d. l. 12. Ratio differentiæ eſt, quia unum & idem prædium ruſticum eandem ſervitutem per eundem locum pluribus prædiis præſtare poteſt. *l. qui per* 15. *ff. comm. præd. l.* 2. §. 1. *ff. de ſerv. præd. ruſt.* At unum & idem prædium urbanum uni tantum & ei, cui ſervitus ab initio conſtituta eſt. Jam vero non ſatis eſt ad hoc ut pignus ſervitutis ſit utile, creditorem habere prædium vicinum, ad cujus utilitatem pertineat ita conſtituta ſervitus: ſed etiam neceſſe eſt, ut hujuſmodi pignus poſſit diſtrahi, & reperire emptorem. Et ideo Paulus in *d. l.* 12. in hac conventione pignoris non tantum exigit, ut creditor vicinum fundum habeat; verum etiam, ut illud in conventione adjiciatur, ut ſi pecunia ad diem conſtitutum ſoluta non fuerit, liceat creditori ſervitutem ita ſibi pignoris jure conſtitutam, alteri, vicinum item prædium habenti, vendere, quippe ſine quo pignus eſſe inutile. *l.* 4. *ff. de pign. act. l. mulier.* 11. *C. de diſtr. pign.* At qui creditori habenti ædes vicinas, cui verbi cauſa conceſſum eſt jus tigni immittendi, aut ſtillicidii, &c. non eſt alius vicinus, cui ea ſervitus uſui eſſe poſſit. Nam quod ex ædibus ſuis tignum immittit creditor in ædes debitoris, non æque alii vicino ex ſuis ædibus in eandem partem immittendi ullus eſt uſus utilitaſve: ac conſequenter id certe alter vicinus nunquam empturus eſt: & alius non vicinus emerit etiam fruſtra. Fingamus Titium, cum ædes depreſſas, interjectas inter ædes Gaii & Sempronii haberet, pignoris cauſa conſtituiſſe ſervitutem altius non tollendi Sempronio, poteritne hæc ſervitus etiam utilis eſſe Gajo, qui eam propterea empturus ſit? Nego Gajum empturum, quia & ſine emptione idem conſecuturus eſt. Urbanæ ergo ſervitutis pignus inutile eſt. At vero jus prædii ruſtici alii vicino diſtrahi poteſt, & is forſan magno id redempturus eſt, cum poſſit uno itinere pluribus patere aditus ad fundos ſuos, *Molin. extric. labyr. de div. & ind.*

Digitized by Google

& ind. p. 3. n. 311. uſque ad *n. 360. Ant. Fab. 19. conject. 6. & 7. Salma. de modʃ. uſur. pag. 547. Chriſtin. vol. 2. deciſ. 177. n. 12. add. Cujacium, 15. obſ. 6. Duar. 2. diſp. 3.* qui nec in totum nobiſcum ſentiunt, nec in totum à nobis diſſentiunt, nec ipſi inter ſe conveniunt.

Cap. XXXIII.

An is, in cujus ædibus incendium ortum eſt, teneatur lege Aquilia ad reſarciendum damnum vicinis inde allatum, & an inquilinus ex locato locatori?

HÆc quæſtio ut expediatur, ſciendum eſt, incendia aliquando ad caſus fortuitos referri, interdum non referri. Quod incendium in alienis ædibus obortum occupat vicinas, quod à fulmine excitatur, aut à graſſatoribus & incendiariis immittitur, id inter caſus fortuitos numerari debet: ac proinde hoc, ab inhabitantibus præſtandum non eſt, neque actione locati, in qua culpa tantum levis. *l. 5. §. 2. ff. commod.* neque actione legis Aquiliæ, in qua quidem etiam culpa leviſſima venit. *l. 44. ff. ad leg. Aquil.* & omiſſio quoque ac negligentia (quanquam non ſimplex *l. 13. §. 2. ff. de uſufr.* ſed quæ admiſſa in facto præcedente aut concurrente, unde damni cauſa. *l. ſi ſervus. 97. §. ſi fornacarius. 9. l. quemadmodum. 29. §. 5. & l. ſeq. §. 3. ff. ad leg. Aquil. §. præterea. 6. Inſt. eod. & ibid. Diod. Tuld. c. 7.*) caſus autem fortuiti non veniunt. *§. 3. Inſt. d. tit.* quippe qui nec ullo in judicio & à nemine præſtantur. *l. ſi ex legati. 23. ff. de verb. obl. l. 6. C. de pign. act. l. contractus. de reg. jur.* & ita cape locos in *l. ſi quis. 9. §. 3. l. ex conducto 15. §. 3. ff. locat. d. l. 23. in fin. ff. de reg. jur. §. 3. Inſt. de empt & vend. & ſimil.* Incendia autem intrinſecus orta cum culpa conjuncta eſſe ſolent, & ideo inter caſus fortuitos non numeran-

rantur, ſed exorta eſſe præſumuntur culpa inhabitantium. *l.* 3. §. 1. *ff. de off. præf. vig. l.* 11. *ff. de per. & commod. rei vend.* Quando autem culpa ſeu negligentia præcedit caſum, ſola culpa ſpectatur, non caſus. *l. qui occidit.* 30. §. 3. *ff. ad leg. Aquil. l. cum duobus.* 52. § 3. *ff. pro ſoc. l.* 1. §. 4. *in fin. ff. de oblig. & act.* quamvis quod negligentia fit, etiam caſu fieri interdum dicatur, & caſus ponatur pro negligentia. *l.* 9. *ff. de incend. ruin. naufrag. l.* 5. §. *ult. l.* 11. §. 2. *de pœn.* quod notandum eſt.

Igitur cum incendia in ædibus alicujus oborta præſumantur culpa & negligentia inhabitantium excitata eſſe, hinc efficitur, ut niſi contrarium probent, de damno inde illato lege Aquilia teneantur. Hæc enim vis eſt præſumptionis juris, ut ſecundum hanc judicetur, niſi eam labefactaverit adducta rite in contrarium probatio. Rejicitur quippe hic onus probandi in adverſarium, contra quem eſt præſumptio, ut niſi contrarium doceat, contra ipſum judicetur. *l.* 9. *l.* 12. §. *ſi chirographum.* 24. *& l. ſeq. ff. de probat. l.* 16. *C. eod. C. requiſiviſti.* 5. *ext. de teſtam.* Itaque ego hactenus adduci non potui, ut verum eſſe credam, quod D. Andreas Gail. *lib.* 2. *obſ.* 21. *n.* 4. & ibi allegati pro vero ponunt, neceſſe eſſe ad hoc, ut inhabitantes de incendio teneantur, probari culpam certi & determinati hominis: alioqui neminem damnari poſſe propter rei incertitudinem. Nam cum hæc præſumptio ſit adverſus omnes & ſingulos inhabitantes, ſi hujus præſumptionis vim ullam eſſe volumus, utique niſi de omnium quoque & ſingulorum innocentia doceatur, ſcilicet ignem innoxium ab iis habitum fuiſſe; an extrinſecus immiſſum, ſententia certa ferri, & aut paterfam. nomine damni dati condemnari poterit, niſi ſpeciatim de ſua diligentia doceat. *l.* 11. *ff. de per. & comm. rei vend.* aut ſi plures ſint inquilini, æque principales pro indiviſo, omnes. *arg. l. ita vulneratus.* 51. §. 1. *ff.*

ad leg. Aquil. Nec ulla lege aut ratione ſatis firma contrarium probari video. Nam quod de arguendo certi hominis facto dicitur in *l. 6. §. ult. ff. naut. caup. ſtapul.* id quidem verum eſt in caſu damni dati in caupona publica, ubi præter eos, qui habitandi cauſa ibi ſunt, aut quorum opera caupo utitur, ſunt etiam repentini hoſpites & viatores, quorum culpam non præſtat, etiamſi ſe innoxium eſſe non probaverit. *d. l. 6. penult.* ſicut ex contrario eorum, quorum opera cauponam exercet, factum præſtare debet, & in duplum eo nomine tenetur. *l. ult. §. 1. 1. tit.* etiamſi ipſe extra culpam ſit, tantum ideo, quia culpæ aliquatenus reus eſt, quod opera malorum hominum præſertim tali in loco utitur, *§. ult. Inſt. de oblig. quæ quaſi ex del.* quippe cum etiam publica hic ſpectetur utilitas, dum ſecuritati proſpicitur iter facientium. Sed profecto neutrum horum ad caſum noſtrum pertinet, ubi paterfam. omnium ſuorum factum præſtat, extra quam ſi doceat, ſe in cuſtodiendo igne, eam adhibuiſſe diligentiam quam debent homines frugi & diligentes præſtare per textum expreſſum in *d. l. 11. ff. de per. & commod. rei vend.* Quam diligentiam ſi adhibuerit, utcunque certæ perſonæ negligentia incendium ortum eſſe demonſtretur, quam circumeundo & inſpiciendo, an ignis recte haberetur, præcavere non potuit, ad ſarciendum damnum non tenetur. *d. l. 11. de peric. & comm. rei vend.* Nam ſi is, cujus culpa arguitur, ſervus eſt, liberatur dominus noxæ deditione; ſi liber, ipſe tenetur: quia certis tantum caſibus ſimpliciter & præciſe culpam ſuorum paterfamilias præſtat, veluti ſi negligentia ejus oſtendatur in aſciſcendo perdito aut diſſoluto. *l. ſi ſervus. 27. § ſi fornacarius. 9. ff. ad leg. Aquil.* aut ſi famuli, quorum miniſterio navem, cauponam, ſtabulum exercet, in ipſa navi, caupona, ſtabulo damnum dederint. *l. ult. pe. ff. naut. caup. ſtab.* vel eo in actu deliquerint, cu

ſpecia-

ſpecialiter præpoſiti. *l.* 1. § *ult. ff. de publican. & vectig.* vel ex cœnaculo ejus quid dejecerint, &c. *l. pen.* §. 2. *ff. de his qui effud.* quanquam hic, ſi ſervus id fecit, noxæ deditione dominus defungitur. *l.* 1. *l.* 5. § 6. *d. tit.* Extra hujuſmodi caſus culpa familiæ dominum non onerat, ſi de ſua diligentia docere poterit. *d. l.* 11. *ff. de peric. & commod. rei vend.* Ubi, ut hoc obiter moneam, quamvis D. Hotomannus *lib.* 5. *obſ. c.* 10. pro eo, quod vulgo & in ipſo quoque codice Piſano legitur, *cum incendium ſine culpa fieri non poſsit*, legendum putet dempta negatione, *ſine culpa fieri poſsit*, nihil demi neceſſe eſt. Movetur Hotomannus, ut negationem expungat, duplici ratione. 1. quia & caſu fortuito incendium accidere poteſt. 2. quia alias ſibi contradiceret Juriſconſultus, qui mox ſubjicit, poſſe incendium fieri ſine culpa patrisfam. Utraque ratio indigna tanto viro, id eſt, neutra alicujus momenti: non prior, quia quæritur illic de incendio in ipſis ædibus exorto, non de igne cœlitus immiſſo aut ab incendiariis excitato: non poſterior, quia primo ibi de inhabitantibus & generaliter de omnibus in domo verſantibus agitur: deinde ſpecialiter de ſolo patrefam. Nulla autem contradictio eſt, ſed utrumque verum, ſi dicam incendia, quæ in ædibus alicujus exoriuntur, non poſſe fieri ſine culpa, & tamen poſſe fieri ſine culpa patrisfam. quod & Cujacius *lib.* 17. *obſ.* 29. obſervavit.

Hinc jam dependet quoque deciſio quæſtionis, an inquilinus de incendio teneatur locatori ædium actione locati, de incendio, inquam, orto in ædibus conductis. Nam ſi Venditor inſulæ ante traditionem combuſtæ nomine damni facti tenetur ex empto, niſi de diligentia ſua probaverit: *l.* 1. *ff. de peric. & commod. rei vend.* tenebitur utique & ædium conductor ſive inquilinus ex locato, ſi ædes conductæ incendio conſumptæ fuerint, niſi & ipſe inculpabi-

lem

lem ſe eſſe demonſtraverit: quippe cum ratione culpæ eadem ſit utriuſque præſtatio. *l.* 5. § 2. *ff. commod. l.*23. *ff. de reg. jur.* Atqui, aiunt plerique, etſi incendia præſumuntur fieri culpa inhabitantium, tamen iſta leviſſimæ tantum culpæ præſumptio eſt, quam conductor ex natura contractus non præſtat. *d.l.* 5. §. 2. *commod.* Reſpondeo, nec venditor præſtat, & tamen niſi diligentiam ſuam probat, tenetur. Sed neque Juriſconſultus in *l.*3. §. 1. *ff. de off. pręf. vig.* ait incendia præſumi fieri tantum culpa leviſſima inhabitantium, ſed culpa ſimpliciter & abſolute: quoties autem verbum culpæ abſolute ponitur, in uſu juris noſtri fere non alia, quam levis culpa ſignificatur, *d. l.* 5. §. 2. *commod. l.*23. *de reg. jur. l.* 11. *ff. de neg. geſtil.* 5. §. 2. *ff. de in lit. jur. l.* 1. §. *ſæpe.* 35. *ff. depoſ. l. ſocius ſocio.* 72. *ff. pro ſoc. l. in rebus.* 17. *ff. de jur. dot.* & aliis innumeris locis. Leviſſima autem culpa paſſim per expreſſum indicatur, verbo diligentiæ, aut cuſtodiæ, quo ſumma & exactiſſima ſignificatur *d.l.*5. §. 2. *ff. commod. d.l.* 23. *de reg. jur. l. cum res.* 47. §. *pen. de legat.* 1. & uno tantum loco verbum *leviſſima* expreſſum reperitur, nempe *l.* 44. *ff. ad leg. Aquil.* Quinimo juris noſtri auctores non plures in incendio videntur gradus facere, quam doli & negligentiæ. *l.* 9. *ff. de incend. ruin. naufrag. l. capitalium.* 28. §. *incendiarii* 12. *ff. de pœn.* Denique nec Gloſſa in §. *præterea. Inſt. de obl. quę re contr.* id dicit, quod ex ea communiter Interpretes colligunt, levem culpam in caſu noſtro non præſumi, ſed leviſſimam duntaxat, cujus nomine agi non poſſit: verum leviſſimam culpam non nocere inculpabilibus, id eſt, qui omni culpa carent. Quid ſi aliud ſenſerit Gloſſa, ſine auctoritate & ratione locuta eſt. ita *Fachin. lib.* 1. *contr. c.* 87, *Moller. lib.* 4. *ſemeſtr. c.* 31. ubi ita judicatum refert id conſilio regio Neapolitano ex Thom. Grammat. *deciſ. Neap.* 3. & receptum in ſcabinatu Lipſienſi. vide & *Ioan. à*

Sande

Digitized by Google

Sande lib. 3. tit. 6. defin. 9. Diſſentiunt *comm. DD. Mynſing. 6. obſ. 88. Gail. 2. obſ. 21. Thulden. comm. ad Inſt. tit. de leg. Aquil. c. 8. Matth. de Afflict. deciſ. 57.* Non omnes tamen, qui ab his allegantur, idem cum iis ſentiunt.

CAP. XXXIV.

An actiones finium regundorum, familiæ erciſcundæ, communi dividundo 30 annorum præſcriptione tollantur? & an longi temporis præſcriptio 10 vel 20 annorum hic procedat bonæ fidei poſſeſſori?

Judicia finium regundorum, familiæ erciſcundæ, communi dividundo, paſſim in jure noſtro dicuntur duplicia, propterea quod par utriuſque litigatoris in his conditio eſt, nec quiſquam præcipue reus vel actor intelligitur, ſed unuſquiſque tam rei quam actoris partes ſuſtinet *l. in tribus. 11. ff. de judic. l. 2. §. 1. ff. comm. div. l. inter coheredes. 44. § qui familiæ, 4. ff. famil. erciſc. l. judicium. 10. ff. fin. regund.* eodemque ſenſu alibi dicuntur mixta. *l. actionis. 37. §. 1. ff. de oblig. & act.* Longe vero alio ſenſu hæ actione mixtæ dicuntur, ſive mixtam cauſam obtinere à Juſtiniano, *§. quædam actiones. 20. Inſt. de action.* nempe quod partim in rem eſſe videntur, partim in perſonam: aut utique ita in perſonam, ut tamen fine & effectu nonnihil commune habeant cum actionibus in rem *l. 1. ff. fin. regund. junct. l. 1. § 1. C. de annal. except.* Judicium familiæ erciſcundæ redditur inter coheredes de dividenda hereditate: communi dividundo inter eos, inter quos res aliquæ communes ſunt extra cauſam hereditatis. *l. 1. ff. fam. erciſc. l. 1. l. 2. ff comm. div.* Finis utriuſque judicii, 1. ut recedatur à communione, & ſuam quiſque partem pro diviſo conſequatur; in quo ſimilitudo actionis in rem: 2. ut utrinque præſtetur, quod alterum alteri præſtare

oportet

oportet lucri, damni, impenſarum nomine, quæ ſunt præſtationes perſonales. *l. item Labeo, 22. §. pen. famil. erciſc. d.l. 2. §. 1. comm. div. l. quibus caſibus. 34, ff. pro ſoc.* Finium regundorum agitur inter eos, qui confines agros habent, ut fines ad ſuam normam redigantur, confinique reſtituatur, quod quis ultra iſtos fines habet. *l. 4. pr. l. 8. pr. & §. 1. ff. fin. reg.* quo poſteriore aſpectu & hæc actio pro rei vindicatione eſt. *l. 1. eod. tit.* Quid vero judicem in unoquoque horum judiciorum ſequi oporteat, docet nos Juſtinianus in §. *ſi famil. 4. & 2. ſeq. Inſt. de offic. judic.*

Et porro hoc omnibus mixtis actionibus commune cum puris perſonalibus, ut triginta annorum præſcriptione tollantur. *l. 7. C. de pet. hered. l. 3. C. de præſc. 30 annor. l. ult. C. fin, reg. l. 1. §. 1. C. de annal. except.* ubi Juſtinianus inter actiones perſonales, quas omnes jubet triginta annorum ſpatio finiri, nominatim etiam recenſet haſce tres familiæ erciſcundæ, communi dividundo, & finium regundorum; quanquam hæ pure perſonales non ſunt, ſed aliquid de natura actionum in rem participant, unde iis nomen mixtarum. Procedit autem hæc 30 annorum præſcriptio, quando unus tantum ex confinibus, aut coheredibus conſortibuſve poſſidet: tunc enim alter, qui non poſſidet, poſt 30 annorum curriculum has actiones movere non poteſt, & ita capienda loca modo adducta. Quod ſi duo communes fines, communemve hereditatem, aut rem ſingularem communem poſſideant, etiamſi per 30 annos in hac communione manſerint, poteſt alter adhuc eorum, qui diutius in communione permanere non vult, ad diviſionem provocare, atque eo nomine ſupra ſcriptis actionibus experiri. Ratio eſt, quia ne pacto quidem effici poteſt, ut nunquam liceat à communione recedere, *l. in hoc judicium. 14. §. 2. ff. comm. div. l. ult. C. eod. l. nulla. 70. ff. pro ſoc.* Quod autem nulla conventione effici poteſt, id nec ullo

ullo temporis lapſu fieri debet. Eſt & altera ratio, nempe quod nulla hoc caſu negligentia, in qua fundantur præſcriptiones, intervenire poteſt. Nam quamdiu ſtamus in communione & ſimul poſſidemus, alter alterum pro conſorte aut confini habet & recognoſcit, eoque præſcriptio currere non poteſt: ſiquidem ſingulis pro indiviſo poſſidentibus fieri nequit, ut alter alterius partem uſucapiat*, aut alterum lapſu temporis ob negligentiam excludat. Affert & aliam rationem D. Bronchorſtius *cen. 2. aſſert. 14.* poſt Coſtalium in *l. 1. ff fam. erciſc.* quod præſcriptio actionum non ante currere incipit, quam ex quo natæ ſunt: actionem autem familiæ erciſcundæ, &c non ante naſci, quam coheredes ad diviſionem hereditatis provocare cœperunt. Quod dicit præſcriptionem non currere niſi poſtquam actio nata eſt, verum eſt: ſed falſum & ridiculum, quod ait, tum demum naſci actionem familiæ erciſcundæ, quando coheredes à communione diſcedere volunt. Imo niſi jam ante nata eſſet ex communione inter eos conſtituta & quaſi ex contractu § 3. & 4. *Inſt. de oblig. quę quaſ. ex contr.* fruſtra eam intentarent, aut provocarent ad diviſionem. Et quæſo qualis hæc collectio eſt, diſcedere à communione volentibus datur actio familiæ erciſcundæ, *l. 1. ff. fam. erciſc.* ergo eodem demum tempore naſcitur? Si iſta collectio bona eſt, etiam hæc bona erit, volenti repetere depoſitum, commodatum, &c. datur actio depoſiti aut actio commodati, ergo non ante actiones iſtæ naſcuntur, quam volet repetere: & in univerſum dicendum erit, nullam actionem prius naſci, quam cum quis ea experiri volet: nemo enim niſi volens agit. *tit. C. ut nem. juv. ag. vel accuſ.*

Denique ne tunc quidem, quando unus tantum ex heredibus poſſidet, contra alios procederet præſcriptio, quamdiu ad diviſionem non provocarent: cujus tamen contrarium ipſe quoque Bronchorſtius aſſerit. Sed hoc obiter cautionis loco.

Duo

Duo ergo dicimus. 1. Quamdiu ſinguli confinium vel heredum aut ſociorum communiter poſſident, & alter alterum ut confinem, coheredem, conſortemve agnoſcit, nullam hic dari ſuperiorum actionum præſcriptionem, propter rationes ſupra memoratas. 2. Ubi unus tantum poſſidet, triginta annorum ſilentio eaſdem actiones excludi: inter quas etiam numeravimus actionem finium regundorum, per textus rotundos in *l. ult. C. fin. reg. l. 1. §. 1. C. de annal. except.* Sed duo hic nobis objiciuntur loci. Primus eſt *l. pen. C. fin. reg.* ubi Imperatores ajunt, ſubmotam eſſe quinque pedum præſcriptionem in judicio finium regundorum. Unde dicendum videtur, nulla præſcriptione, quantumvis longiſſimi temporis actionem de finibus regundis poſſe tolli. Verum longe aliud eſt, quod Imperatores ibi ſignificant & conſtituunt. Confirmant nimirum legem 12. tabularum & legem Mamiliam, quibus legibus cautum erat, ut inter confines agros ſpatium quinque pedum relinqueretur à cultura vacuum, ut illac ire ſine alterius incommodo agri colendi cauſa, & aratrum circumducere uterque dominus poſſet. Hoc ſpatium appellatur gradus in *l. 3. ff. de term. mot.* neque id ſpatium uſucapi aut præſcriptione acquiri per legem 12. tabularum aut legem Mamiliam potuit, teſte Cicerone *lib. 1. de legib.* propterea credo, quod ut res meræ cujuſdam facultatis quinque iſti pedes inter confines agros inculti relinquebantur, per *l. 2. ff. de via publ.* Hanc utramque legem Imperatores in *d. l. pen. C. fin. regund.* confirmarunt. Quod ſi vero ultra illos quinque pedes lis moveatur de finibus terræ, tunc locus eſt judicio finium regundorum, niſi ea actio triginta annorum præſcriptione ſublata ſit, nempe ſi tam diu vicinus fines limiteſque agri ſui quiete & ſine interpellatione judiciali poſſederit: de qua re bene & docte differentem vide Andream Alciatum *lib. de quinq. ped. præſcript.* Alter

locus

locus eſt *l.*12. §.*cum Stichum.* 6. *verſ. ſed ſi fundus. ff. pro empt.* cui geminus in *l. qui fundum.* §.1. *ff. eod.* ubi ex contrario ſtatui videtur actioni finium regundorum etiam longo tempore præſcribi 10 vel 20 annis. Sed facilis hîc reſponſio eſt, nempe caſum ibi poni, quo is, qui emit & pro emptore poſſidet, nunquam fuit confinis, ſed ſtatim fundum amplioribus finibus poſſedit: quo caſu cum non de finibus regundis lis ſit, ſed de proprietate partis fundi, procedit uſucapio ſeu longi temporis præſcriptio.

Quid vero ſi aliquis bona fide juſtoque titulo per decem vel viginti annos fines communes vel fundum communem ſolus poſſederit, an non ille ſaltem partem confinis aut conſortis, qui non poſſedit, dicendus eſt uſucepiſſe aut longi temporis poſſeſſione quæſiviſſe? Reſpondeo, ne hoc quidem dici poſſe ex iis, quæ jam dicta ſunt, ſatis intelligitur. Nam qui rem communem licet bona fide, poſſidet, ita tamen eam poſſidet ut perſonali ſive mixta actione communi dividundo, familiæ erciſcundæ, aut finium regundorum conveniri poſſit: quas actiones non niſi triginta annorum præſcriptione tolli ſupra demonſtratum eſt. Imo nec petitioni hereditatis breviori ſpatio præſcribitur, quæ tamen in rem actio eſt, & tantum ob præſtationes perſonales, quæ non officio judicis, ſed jure actionis in eam veniunt, mixta perſonalis dicitur. *l.* 7. *C. de petit. hered.* Non obſtat, quod longo tempore dominium quæri dicitur: quia hoc non procedit in re, quæ cum alio communis eſt, propter naturam perſonalis aut mixtæ actionis: ſiquidem bona fides poſſeſſoris ſive rei conventi efficere non poteſt, quo minus tanto tempore vivat actio, quantum ex natura ſua aut lege habet. per *d. l.* 7. *C. de petit. hered.*

Cap. XXXV.

Quomodo inter fratres inſtituto familiæ erciſcundæ judicio dividenda hereditas?

INſtituto forte inter fratres familiæ erciſcundæ judicio quæritur, quomodo diviſio à judice expedienda ſit, utrum ita decernenda, ut major natu ex fratribus dividat, & minor eligat; an vero ſolius judicis arbitrio facienda ſit? Priorem ſententiam amplectuntur Canoniſtæ tanquam auctoritate juris Canonici nixam: poſteriorem plerique Legiſtarum ſive interpretum juris civilis ſequuntur, ut conſentaneam legibus civilibus; quæ & nobis iisdem legibus conſentanea eſſe ſemper viſa eſt. De poſteriore prius dicam, mox viſurus an quid ſecus jure Canonico conſtitutum ſit igitur poſterior illa, quæ legiſtarum & noſtra ſententia eſt, hanc rationem habet, quod ubi ſemel judicis officium implorari cœpit, & cauſa in judicium deducta eſt, quicquid illud eſt, quod in judicio illo continetur, cognitioni judicis permittendum & relinquendum ſit. *l. ædiles.* 25. §. *item ſciendum.* 8. *ff. de ædil. edict.* Judicium autem familiæ erciſcundæ non aliam ob cauſam inſtituitur, quam ut judex res ſingulas pro ſua animi religione ſingulis heredibus adjudicet, utique ſi res ipſæ ſine incommodo dividi non poſſint. Unde in hoc judicio dicuntur fieri adjudicationes, quod notandum. Quod ſi ex hac adjudicatione oriatur inæqualitas, tum judex eum, cujus pars præponderat, viciſſim in certam ſummam pecuniæ condemnare debet ei, cujus pars minor eſt, ut æqualitas per omnia conſervetur. & tunc fieri dicuntur condemnationes. §. 4. *Inſtit. de offic. jud. l. Mævius.* 54. §. 2. *l. ſi familiæ.* 55. *ff. fam. erciſc.* Nulla hîc diviſio uni è coheredibus, nulla electio alteri permittitur. *Fac. l.* 1. *pr. l.* 2. *pr. ff. eod.* §. *quædam actiones.* 20. *Inſt. de actio-*

actionib. Fruſtra autem hic objicitur *l. un. C. de his qui ſe deſcr. lib.* 10. quoniam quod ibi conſtituitur, jus eſt ſingulare, & invitamentum ad deferenda & fiſco nuncianda tacita fideicommiſſa. Quod ut intelligatur, ſciendum eſt, cum heres clam fidem ſuam accommodat, puta per domeſticam cautionem vel chirographum, ut hereditatem incapaci reſtituat, hoc dici fideicommiſſum tacitum, atque id heredi ablatum vindicari fiſco. *l. in tacitis.* 103. *ff. de legat.* 1. *l. in fraudem* 10. *ff. de his quib. ut indign. l.* 3. *pr.* & §. 3. *ff. de jur. fiſc. l.* 1. *C. de delator. lib.* 10. Quo autem magis ad hujuſmodi tacita fideicommiſſa fiſco nuncianda invitarentur, placuit delatoribus etiam præmium aliquod pro delatione dari, & quidem, qui alios deferunt, certam partem eorum, quæ denunciarunt, ferre, veluti quartam aut octavam. Qui vero ſe ipſos, ſiquidem ſit heres, à quo tacite fideicommiſſaria hereditas relicta eſt, incapaci, pro præmio tertiam partem aſſis accipere: ſi is, cui ipſi tacite relicta, profiteatur ſe capere non poſſe, dimidiam ei partem præmii vicem dari. *l. edict.* 13. *l. pen. ff. de jur. fiſc. d. l. un. C. de his qui ſe defer.* Putaverunt Principes ampliori præmio provocandos eſſe eos, qui ſe, quam qui alios deferunt; & quo difficilius quiſque ſe ipſum defert, eo majore quoque præmio invitandum eſſe: ac proinde plus etiam præmii tribuendum fideicommiſſario, quam heredi. Porro cum nec uxori recte tacitum fideicommiſſum relinqueretur, propterea quod & ipſa lege Papia decimaria incapax eſſet. *l. ult. pr. ff. de his quib. ut indign. junct. l.* 2. *C. de infirm. pœn. cælib.* (ubi demum lex illa ab Honorio tollitur) Conſtantinus in *d. l. un. C. de his qui ſe defer.* uxori ſemetipſam deferenti non tantum partem dimidiam relicti, verum etiam electionem & optionem partis, diviſione à fiſco facta loco præmii conceſſit. Quid vero hoc ad diviſionem à judice faciendam inter coheredes de

divi-

dividenda communi hereditate judicio familiæ erciſcundæ contendentes, ubi tota res cognitioni & diviſioni judicis permittitur? Neque vero, hic ſive par ſive inæqualis diviſio facta ſit, ſorti res committenda erit; ut male etiam plerique Legiſtarum putant, Jaſ. poſt alios in *l. 3. C. comm. de legat. Fachin. l.6.contr.c.37. Bronch. 1. miſcell. aſſert.52.* ſed adhuc adjudicatione & in diviſione impari adjudicatione & condemnatione res tranſigenda eſt. Nunquam enim in jure noſtro ſorte res dirimi debet, ubi negotium animi judicio explicari poteſt. *l. ſacris. 47. ſub fin. pr. C. de SS. Eccleſ.l.8. ff. de pact.* ubi prætor partes ſuas interponit, quia ſciri poteſt, quid in caſu illic propoſito ſit æquius, nimirum ut mitior ſententia prævaleat. Simile exemplum eſt in §. 1. *verſ. ſin autem ipſi. Inſt. de ſatiſd. tut.* ubi item prætor partes ſuas interponere jubetur, quoniam cauſa cognita diſcernere poteſt, quis ex tutoribus adminiſtrationi magis ſit idoneus. *l. teſtamento.17. §.1.& 2. cum l. ſeq. ff. de teſt. tut.* Quod ſi res animi judicio diſcerni aut expediri nequeat, tunc ex neceſſitate devenitur ad ſortem: veluti ſi duo coheredes ad judicium provocent, uter eorum partes actoris ſuſtinere debeat, ſorte diſcerni ſolet, quia aliter res explicari nequit. *l. ſed cum. 14. ff. de judic.* Pari ratione ſi plures legatarii, quibus optio legata, aut unius plures heredes circa electionem diſſentiant, controverſia ſorte dirimenda eſt, quia ſcilicet nullæ hic partes prætoris. *l.3. pr. C. Comm. de legat. §. optionis. 23. Inſt. de legat.* Simile exemplum in *l. generaliter. 24. §. quid ergo. 17. ff. de fideic. libert.* Atqui nihil tale occurrit in judicio familiæ erciſcundæ: quippe cum ſemper in impari adjudicatione ad æqualitatem diviſio revocari poſſit mutua ejus, cui plus adjudicatum, condemnatione. Quamobrem non obſtat *l. 5. ff. fam. erciſc.* ubi in caſu, quo omnes ex iiſdem partibus heredes ſunt nec inter eos convenit, apud

quem cautiones hereditariæ eſſe debeant, ſortiri eos oportere reſpondetur. Nullum enim iſto caſu officium judicis intercedit, ſed totum id inter ipſos coheredes citra judicium tranſigitur per *l.* 2. §. *ult. l.* 4. *pr. ff. l.* 6. *C. fam. erciſc.* Eodemque fere modo reſpondendum eſt ad *l.* 2. *C. quand. & quib. quart. pars. lib.* 10. nam & ibi nullum officium judicis intervenit, ſed juſſu legis extra judicium partes fiunt, & ſors definit, cujus electio eſſe debeat. Erratque adeo Jaſon cum iis, quos ſequitur in *l.* 3. *C. comm. de legat.* contendens etiam in judicio diviſorio familiæ erciſcundæ ſorte rem expediendam eſſe, *arg. d. l.* 2. *C. quand. & quib. quart. pars.* Plane poteſt ex conventione inter coheredes quocunque modo diviſio fieri, nempe vel per ſortem, vel ut major dividat, minor eligat. Cæterum nihil id ad quæſtionem hanc, quæ eſt de officio judicis, apud quem familiæ erciſcundæ agitur. Atque hæc quidem ex ratione juris civilis.

Canoniſtæ autem aliter ſtatuunt, videlicet majorem natu auctoritate judicis dividere debere, minorem vero eligere. Non habent tamen Canoniſtæ ullum idoneum juris Pontificii textum, quo ſententiam hanc confirment. Nam in *c.* 1. *de paroch. & alien. parochian.* quod unum allegant, agitur tantum de Epiſcopo ob hæreſin Donatiſtarum ante remoto, & ad eccleſiæ unitatem poſtea reverſo, quem Pontifex vult in partem admitti prioris ſui Epiſcopatus jam alteri Epiſcopo dati, & diviſionem inter eos ita fieri, ut ille dividat, qui diutius in epiſcopatu fuit: alter autem, qui breviore tempore eum tenuit, eligat. At hæc diviſio fit ſine judicibus, quia viſum fuit non eſſe ex dignitate epiſcopos ad arbitrum mittere. Profertur quidem & exemplum Abrahami & Lothi ex *cap.* 13. *Geneſ.* Sed nec inter Abrahamum & Lothum diviſio in judicio facta fuit, neque illi coheredes erant: verum Abrahamus per modeſtiam Lotho fra-

Digitized by Google

fratris ſui filio, qui minor ætate erat, permiſit, ut vel in dextram vel ſiniſtram diſcederet, quò vellet, & alterum latus ſibi relinqueret. Et quamvis Auguſtinus *lib.* 16. *c.* 20. *de civit. Dei.* relata hac hiſtoria ſubjicit, hinc fortaſſis effectam eſſe inter homines pacificam conſuetudinem, ut quando terrenorum aliquid partiendum eſt, major dividat, minor eligat: tamen inde non ſequitur hoc locum habuiſſe in judicio familiæ erciſcundæ: ſed hoc tantum inde colligere eſt, in pacifica bonorum diviſione, id eſt, extrajudiciali, hunc morem plerumque obſervatum. Atque eodem modo explicandum illud Senecæ *lib.* 6. *declam.* 1. *Major frater dividat, minor eligat.* Cæterum Canoniſtarum ſententiam in Camera Imperiali receptam eſſe tradunt *Mynſing.* 4. *obſerv.* 37. *& Gail.* 2. *obſ.* 116. *n.* 12. *Schurff. cent.* 1. *conſ.* 71. & ſecundum eam reſpondit Æmilius Ferretus *conſil.* 1. quem laudat & ſequitur Coſtalius in *l.* 1. *ff. fam. erciſc.* & ſic quoque Senatum Sabaudiæ cenſuiſſe *Ant. Fab. Cod. ſuo for. deciſ.* 2. & Mechlinienſem Chriſtinæus *vol.* 2. *deciſ.* 180. referunt: ac conſuetudine eandem opinionem receptam eſſe teſtatur Guido Pap. *quæſt.* 280. quanquam Ranchinus & Bertrandus nolunt credi huic Guidonis teſtimonio, quoniam aliud jure deciſum eſt: at enim ubi de conſuetudine conſtat, nemo eſt, qui dubitet, quin inveteratus uſus fori pro lege habendus ſit.

CAP. XXXVI.

An ad res dividendas etiam actione pro ſocio agi poſſit, nimirum inter eos, quorum res communis eſt ex cauſa ſocietatis?

COmmunio rerum vel ex conventione inducitur, quæ communio proprie ſocietas dicitur, & ex contractu eſt: vel citra conventionem, veluti ſi duobus eadem res legata aut donata ſit. *l. ut ſit.* 31. *ff.*

 pro

Digitized by Google

pro ſoc. quæ communio quaſi ex contractu naſcitur. §. 3. *Inſt. de oblig. quæ quaſ. ex contr. naſc.* quanquam & hi nonnunquam ſocii appellantur. In utraque autem communione locus eſt judicio communi dividundo. *l.* 2. *ff. comm. divid.* quo judicio hoc agi conſtat, tum ut ſua cuique parte adjudicata à communione diſcedatur, tum ut utrinque præſtetur, quod alterum alteri præſtare oportet, lucri, damni, impenſarum nomine; *l.* 3. *l.* 4. §. 3. *ff. eod. tit.* unde eſt, quod hæc actio miſtam cauſam obtinere dicitur tam in rem, quam in perſonam, ſicut & actio familiæ erciſcundæ & finium regundorum. §. *quædam actiones.* 20. *Inſt. de action.* At actioni pro ſocio in utraque communione locus non eſt, ſed tantum in ea, quæ eſt ex contractu, in conſortio voluntario ſeu ſocietate ſic in uſu juris proprie dicta. *ff. & C. pro ſoc.* quæ actio tota perſonalis eſt, non mixta, de quo inter omnes convenit. Illud autem quæſitum memini, an quemadmodum actione communi dividundo agitur tum ad rerum communium diviſionem, ſive communes ſint cum ſocietate, ſive ſint ſocietate; tum ad perſonales illas, quas dixi, præſtationes; ita etiam inter eos, quorum res communis eſt ex cauſa ſocietatis agi poſſit actione pro ſocio tam ad res dividendas, quam ad perſonales invicem præſtationes. Et dubium quidem nullum eſt, quin actio pro ſocio pertineat ad præſtationes perſonales, quas ratio ſocietatis & natura contractus inducit: *l.* 1. *ff. comm. divid.* ſed illud quæritur, an duntaxat eo pertineat, an vero & ad rerum diviſionem? Communis ſententia eſt, ſocios ad rerum communium diviſionem non tantum communi dividundo judicio agere poſſe, ſed etiam judicio ſocietatis.

Firmamenta hujus ſententiæ ſunt hæc. 1. quia actio pro ſocio eſt rei perſecutoria: *l. ſed actione.* 50. *ff. pro ſoc.* nemo autem dubitat, quin eo nomine veniat

niat & res communis. 2. quia altera actio alteram tollit, *l. pro ſoc.* 38. §. 1. *pro ſoc.* unde recte colligitur tantundem in utraque prius fuiſſe. 3 quia judicio ſocietatis ab uno adverſus alios inſtituto diſtrahitur ſocietas, quaſi tacita quadam renuntiatione. *l. actione.* 65. *pr. ff. eod. tit.* At hoc cum fit, etiam rerum, & vel maxime, intendi videtur aliqua diviſio. 4. Quia Juriſconſultus in *l.* 1. *ff. comm. divid.* non ſimpliciter ait actionem pro ſocio ad perſonales invicem præſtationes pertinere, non ad communium rerum diviſionem: ſed *συγκριτικῶς* ſeu comparative, magis eo pertinere, quam ad rerum diviſionem. Ergo utique etiam ad rerum diviſionem pertinet, licet non principaliter, ut judicium communi dividundo, ſed per conſequentiam duntaxat, quaſi hic ſit iſtius loci ſenſus, in judicio communi dividundo venire præſtationes perſonales per conſequentiam, principaliter autem id agi eo judicio, ut res dividantur: contra autem judicium ſocietatis principaliter pertinere ad præſtationes perſonales, ad rerum diviſionem tantum per conſequentiam. Atque hiſce quatuor argumentis communem ſententiam adſtruit & ſatis probari putat Valent. Reimerus *quæſt. jurid. dec.* 11. *theſ.* 5.

Cæterum apud me hæc tanti non ſunt, ut in iſtam me ſententiam trahere queant. Et magis eſt, ut ad rerum diviſionem actio pro ſocio omnino non pertineat, nunquam ea actione rerum communium intendatur diviſio; ſed tantum actione communi dividundo. Etenim differunt hæ duæ actiones non modo rebus, verum etiam petitione & fine judicii. In rebus hoc intereſt, quod communi dividundo actio non eſt niſi de re adhuc communi. *l.* 1. *in fin. ff. comm. divid.* At pro ſocio actio fere non eſt niſi de rebus, quæ communes non ſunt, ut in commune redigantur; *l. cum duobus.* 52. §. *idem Papinianus.* 8. *l. ſi ſocietatem.* 72. *& l. ſeq. ff. pro ſoc.* aut ſi eſt de re com-

communi, non id intenditur, ut ea res dividatur, ſed ut conferatur in medium. v.c. poteſt actione pro ſocio agi de re communi, quæ ſit apud unum ex ſociis, qui forte eam dolo malo amovit, aut celandi animo contrectavit. *l. rei communis.* 45. *ff. eod.* non tamen agitur, ut de re communi, quo ea dividatur, ſed ut de quavis alia re, ut in medio ponatur. Petitio quoque utriuſque judicii diſſimilis. Communi dividundo actio eò principaliter pertinet, ut res communes inter conſortes dividantur atque à communione recedatur: ſequuntur deinde & præſtationes perſonales, quibus alter alteri propter communionem rerum eſt obnoxius. *l* 3. *pr. ff. comm. divid.* §. *quædam actiones.* 20. *Inſt. de action.* At actio pro ſocio tantum eſt de perſonalibus præſtationibus extra diviſionem poſitis, & ideo ad diviſionem non pertinet *l. ff. d. tit.* quod aliis verbis declarat Ulpianus in *l. ſi actum.* 43. *ff. eod.* ubi ait, actionem pro ſocio nominum rationem habere, & adjudicationes non admittere. Nomina appellat, quæ quiſque perſonali actione aliis debet. *l. ſervum.* 44. §. *eum qui.* 6. *& ſeq. ff de legat.* 1. *l. qui chirographum.* 59. *eod.* 3. Itaque quod dicit actionem pro ſocio nominum rationem habere, nihil aliud eſt, quam in hanc actionem venire præſtationes perſonales earum rerum, quas ſocius ſocio debet. Quod autem dicit actionem pro ſocio non admittere adjudicationem, eo aperte ſignificat eam actionem non ſpectare ad rerum diviſionem. Nulla enim diviſio rerum, quæ judicio petatur, eſſe poteſt ſine adjudicatione aut partium à judice diſcretarum, quarum ſingulæ ſingulis adjudicentur, aut totius rei, quæ ubi res commode dividi non poteſt, uni adjudicari debet cum mutua ejuſdem condemnatione §. 4. *& ſeq. Inſt. de offi. jud.* Atque hinc eſt, quod ſublata communione actio communi dividundo ſimul tollitur *l.* 1. *in fin. ff. comm. divid.* neque enim poteſt peti rei communis
diviſio,

Digitized by Google

diviſio, ubi nulla res eſt communis: nec agi de præſtationibus perſonalibus eo judicio, quod una cum rei communione ſublatum eſt. At ſublata ſocietate nihilominus adhuc agi poteſt de iis quæ durante ſocietate contracta. *l. omne æs.* 27. *l. nemo.* 35. *cum ſimil. ff. pro ſoc.* imo & communione ſublata judicio communi dividundo poterit nihilominus de iiſdem præſtationibus agi actione pro ſocio, niſi & de his actum communi dividundo. *l. pro ſocio* 39. §. 1. *ff. eodem.* Cum itaque actione pro ſocio tantum agatur de præſtationibus perſonalibus, aut ut res, quæ communes non ſunt, in commune redigantur: de rebus autem communibus tanquam communibus nunquam, ſed ad hoc ſolummodo ut in medium proferantur, non ut dividantur & quiſque ſociorum partem in his pro diviſo conſequatur, quod ſine adjudicatione, quam actio pro ſocio non admittit, obtineri nequit, ut ſuperius pleniſſime probatum eſt, hinc efficitur & liquet perſpicue, actionem pro ſocio ad diviſionem rerum non pertinere.

Reſtat, ut diluamus argumenta in contrarium adducta. Ad primum contrariæ opinionis argumentum facilis reſponſio eſt, nempe non ſequitur, actio pro ſocio eſt rei perſecutoria: ergo etiam perſequitur rem communem tanquam communem, ut ea dividatur: ſed hoc ſolum, ergo ea non agitur ad pœnam, ſeu quod in eam venit, res eſt, & id quod ex patrimonio nobis abeſt, *l. in honorariis.* 35 *ff. de obl. & act.* non pœna: ut intelligamus eam ex ante geſto non heredibus tantum, ſed etiam in heredes dari. *per vulg.* Quod ſecundo aiunt, actione communi dividundo conſumi actionem pro ſocio & retro, falſum eſt, & contrarium aperte reſponſum ab Ulpiano. *l. ſi actum.* 43. *ff. pro ſoc.* nempe ſi actum ſit, communi dividundo, non tolli actionem pro ſocio, cui non obſtat locus Pauli, quem proferunt ex *l. pro ſocio.* 38. §. 1. *ff. eod.* nam ex ipſis Pauli verbis patet, eum loqui non de rerum diviſione,

Digitized by Google

ne, de qua alterutro horum judiciorum actum ſit, ſed tantum de præſtationibus perſonalibus, de quibus ait, ſi actum ſit communi dividundo, tolli actionem pro ſocio; & contra ſi actum ſit pro ſocio, de iiſdem præſtationibus agi non poſſe communi dividundo. Hinc autem minime ſequitur, facta ſola rerum diviſione in judicio communi dividundo tolli actionem pro ſocio, quæ ad diviſionem non pertinet, ſed ad perſonales invicem præſtationes duntaxat *d. l. ſi actum. 43. ff. eod.* nec ſi actum ſit pro ſocio, tolli actionem communi dividundo reſpectu præcipuæ petitionis hujus judicii ut ſcilicet res communes dividantur, & ſingulis in his ſua pars pro diviſo adjudicetur. In tertio argumento manifeſtus error eſt παρὰ τὸ ἑπόμενον. Nulla enim conſequentia eſt, actione pro ſocio diſtrahitur ſocietas, quaſi tacita renunciatione: ergo ea actione & rerum communium intenditur diviſio: ſiquidem renuntiatio non alio directo tendit, quam ad diſſolutionem ſocietatis; qua ſoluta nihilominus res, quæ antea communes erant, communes manent, & ut dividantur, opus eſt judicio communi dividundo. In quarto & poſtremo, quod ſumitur ex verbis *l. 1 ff. comm. divid.* & cæteris videtur ſpecioſius, vitium eſt παρερμηνείας. Nam quod ibi Paulus ait, pro ſocio actionem magis ad perſonales invicem prhſtationes pertinere, quam ad rerum communium diviſionem, id non συγκριτικῶς, ut vulgo, ſed θετικῶς, non comparative, ſed elective ab eo dici intelligendum eſt: ut hæc ſit juriſconſulti ſententia, ſi quæratur, au actio pro ſocio pertineat ad utrumque caput, an vero ad actiones perſonales tantum? magis, id eſt, potius dicendum ſit, non pertinere ad utrumque, ſed tantum ad præſtationes perſonales: qua forma loquendi nihil eſt apud noſtros uſitatius, *l. 6. §. 3. ff. ſi ſerv. vind. l. plenum. 12. §. 2. ff. de uſ. & habit. l. ſi vero. 11. §. cum quidam. 12. d.*

inter

Digitized by Google

inter cauſas. 26. §. *non omnia*. 6. *ff. mandat*. *l*. 5. §. *is quoque*. 3. *ff. de oblig. & act*. & *ſimilib*. ita poſt Gloſſam Charundas & Pacius ad *d. l*. 1. *Donell. comm*. 13. *c*. 7. eademque videtur eſſe ſententia Oldendorpii *claſſ*. 4. *act*. 21. §. 6. *n*. 11. & Bachovii notantis Weſenbecium *parat*. *ff. pro ſoc. n*. 12. Quibus omnibus adde, quod ſi dicamus actionem pro ſocio etiam pertinere ad rerum diviſionem, atque ea quoque actione partem ſuam quemque perſequi, ad inſtar ejus, qui vindicat, quam partem & diviſione rei conſequatur actio pro ſocio non minus miſtam cauſam obtinebit, tam in rem, quam in perſonam, & mixta dicenda erit, quam actio communi dividundo, *arg*. §, *quædam*. 20. *Inſt. de action*. *l*. 1. *ff. fin. regund*. quod tamen ne contrariæ quidem ſententiæ auctores auſint affirmare.

CAP. XXXVII.

An actio negotiorum geſtorum elective concurrat cum actione communi dividundo aut familiæ erciſcunda?

QUæſtio hæc nata ex locis in ſpeciem contrariis. nam in *l. filia*. 18. §. 1. *C. fam. erciſc*. Imperatores Diocletianus & Maximianus reſcribunt tanquam de re non ambigua, ſumptus in communi hereditate ab uno bona fide factos familiæ erciſcundæ judicio vel negotiorum geſtorum actione ſervari poſſe. Et in eandem ſententiam Divi Severus & Antoninus, ſolutum pro coherede actione negotiorum geſtorum vel familiæ erciſcundæ poſſe repeti. 3. *C. de neg. geſt*. Contra in *l*. 18. §. *ult*. *ff. fam. erciſc*. in eadem ſpecie datur ſola familiæ erciſcundæ. Et in *l. Mævius* 52. §. 1. *ff. fam. erciſc*. ubi ſervus liber & heres eſſe juſſus coheredibus ſuis id, quod apud eum reliquum eſt ex adminiſtratione rationum domini, non alio judicio præſtat, quam familiæ erciſcundæ.

Cui loco iterum è diametro videtur obſtare *l. pen. verſ. earum autem ſummarum. ff. de reb. cred.* ubi Africanus negat eo nomine competere coheredibus ſervi actionem familiæ erciſcundæ: ſed ait negotiorum geſtorum dari debere. Sic in ſimili, ut videtur, caſu Labeo actionem familiæ erciſcundæ dat, *l. fiſtulas. 78. §. 2. ff. de contr. empt.* quo Impp. in *l. in familiæ. 20. C. famil. erciſc.* actionem negotiorum geſtorum dari debere, non familiæ erciſcundæ reſpondent. Ne quis autem putet nihil aut parum intereſſe, qua actione conſors contra conſortem experiatur, negotiorumne geſtorum, an familiæ erciſcundæ, communive dividundo, is ſcire debet, non eſſe eaſdem horum judiciorum præſtationes. Nam judicio communi dividundo & familiæ erciſcundæ conſors conſorti hereſve coheredi non obligatur ad præſtandam exactiſſimam diligentiam, ut etiam nomine leviſſimæ culpæ alter alteri teneatur, quemadmodum negotiorum geſtorum judicio tenetur geſtor domino negotiorum. §. 1. *in fin. Inſt. de oblig. quæ quaſ. ex contr.* ſed levis duntaxat culpæ nomine, ut talem diligentiam præſtet, qualem in ſuis rebus. *l. heredes. 25. §. non tantum. 16. ff. famil. erciſc.* Quomodo ergo loca ſuperiora ἐναντιοφανῆ conciliabimus? Adhibita nimirum diſtinctione, ut ſiquidem heres vel ſocius in re communi negotium individuum geſſit, locus ſit actioni familiæ erciſcundæ aut communi dividundo; ſi dividuum, actioni negotiorum geſtorum. Individuum autem negotium intelligimus, quod cohæres aut ſocius, non poteſt pro ſua tantum parte gerere. Dividuum contra quod pro ſua quiſque parte gerere poteſt. Hanc diſtinctionem & conciliationem nobis ſuppeditant *l. 6. §. 2. verſ. cæterum. ff. comm. divid. l. heredes. 25. § ſi unus. 15. & ſeq. fam. erciſc. l. ſi communes. 4. ff. de neg. geſt. l fiſtulas. 78. §. 2. ff. de contr. empt.* Igitur ubi unus è coheredibus rem communem vendidit

didit & pretium percepit, cum eo non eſt coheredi actio familiæ erciſcundæ, ſed aut mandati, ſi mandatum præceſſit, aut negotiorum geſtorum, ſi coheres ratam habuerit venditionem, quia ſuam ſolius partem vendere potuit. *l. in familiæ. 20. C. fam. erc.* Similiter, ſi pro communibus ædibus damni infecti vicino in ſolidum cavero, negotiorum geſtorum actione, non communi dividundo judicio, quod præſtiti, petere debeo: quin potui partem meam defendere ſine parte ſocii. *d. l. ſi communes. 4. ff. de neg. geſt.* Ex contrario, ſi unus ex coheredibus noxali judicio ſervum hereditarium defenderit, & litis æſtimationem obtulerit, cum hoc expediret; aut ſi unus legatorum nomine caverit, ne in poſſeſſionem mitteretur, quia hæc pro parte expediri non poſſunt, judicio familiæ erciſcundæ eſt locus, non negotiorum geſtorum. *l. heredes. 25. §. ſi unus. 15. ff. fam. erc.* Pari ratione, ſi unus è coheredibus debitum hereditarium ſolverit, ne pignus veniret, familiæ erciſcundæ judicio experietur, quia pignoris obligato eſt individua. *l. his conſequenter. 18. §. ult. & d. l. 25. § idem obſervatur. 14. eod.* Eandem ob cauſam & ſpecie *l. fiſtulas. 78. §. 2. ff. de contr. empt.* non negotiorum geſtorum, ſed familiæ erciſcundæ agitur, ut in fine §. indicat ipſe juriſconſultus. Nulla vero pugna eſt inter *d. l. Marius. 52. §. 1. ff. fam. erciſc.* & *d. l. pen. §. earum autem ſummarum ff. de reb. cred.* quarum in illa etiam nomine negotii dividui à ſervo coherede geſti datur coheredibus ejus actio familiæ erciſcundæ: in hac eodem nomine ſola negotiorum geſtorum. Nam in illa caſus proponitur, quo pecuniæ ex adminiſtratione geſta vivo domino, reliquæ erant in hereditate mortis tempore, & proinde non alio judicio, quam familiæ erciſcundæ earum ſummarum nomine ſervus apud quem reliquæ ſunt, coheredibus tenetur. At in hac ſpecies proponitur contraria, quando ſcilicet ſervus pecu-

Digitized by Google

nias à debitoribus Calendarii exegit demum poſt domini mortem, quo caſu cum potuerit ſuam ſolius partem exigere, & ita rem pro parte expedire, ſola negotiorum geſtorum actio adverſus eum nomine exactarum ſummarum coheredibns competit. ita recte Coſtalius & Cujacius poſt Gloſſam in *d. l. pen. Bronch. cent.* 2. *aſſert.* 13. Quod ſi ratio hujus diſtinctionis quæratur, ea non eſt uſque adeo obſcura. Nam cum coheres vel conſors negotium individuum geſſit, creditur id feciſſe, tanquam coheres aut conſors potius, quam alius quilibet, propterea quod id geſſit, ſine quo partem ſuam recte adminiſtrare non potuit: & ideo hic locus eſt actioni familiæ erciſcundæ aut communi dividundo. Quod ſi non propter partem ſuam cauſam gerendi habuit, ſed cum eam per ſe recte adminiſtrare poſſet, nihilominus totam rem communem adminiſtravit, hoc caſu partem coheredis aut ſocii ſui adminiſtraſſe intelligitur tanquam amicus & negotiorum geſtor, ratione nimirum contraria: itaque hic actio negotiorum geſtorum duntaxat competit. *l. heredes.* 25, §. *non tantum.* 16. *ff. fam. erciſc.* *l.* 6. §. 2. *ff. comm. divid.*

Poteramus jam hinc diſcedere, niſi negotium nobis faceſſerent *l. filiæ*, 18. §. 1. *C. fam. erciſc.* & *l.* 3. *C. de neg. geſt.* initio hujus capitis à nobis allegatæ; & denique *l. liberto.* 31. §. *ult. ff. eod. tit.* in quam, dum hæc ſcribo, forte incidi. In *d. l. filiæ.* §. 1. Imperatores ſimpliciter reſcribunt, non eſſe ambiguum, quin ſumptus ab uno bona fide facti in communi hereditate ſervari poſſint vel familiæ erciſcundæ judicio, vel actione negotiorum geſtorum: quibus verbis videntur ei, qui ſumptus fecit, poteſtatem concedere eligendi, qua actione experiri malit, ſine ulla diſtinctione negotii quod geſtum eſt, utrum eos ſumptus pro parte ſua tantum facere potuerit, nec ne. Reſpondemus, quod illic ab Imperatoribus omiſ-

omiſſum eſt, ſumendum eſſe ex aliis locis, atque utrumque intelligendum in caſu ſuo habili: nempe ut ſumptus ſervari poſſint judicio familiæ erciſcundæ in negotio individuo, veluti ſi ædes communes fulſit, &c. actionem autem negotiorum geſtorum in negotio dividuo, veluti ſi æs alienum hereditarium ſolvit, aut ædium communium nomine damni infecti cavit, *l. 3. C. de neg. geſt. l. ſi communes. 40. ff. de neg. geſt.* Evertere autem totam hanc diſtinctionem videtur locus in *d. l. 3. C. de neg. geſt.* in cujus loci caſu ſecundo datur coheredi, qui pignus liberavit, vel familiæ erciſcundæ actio, vel negotiorum geſtorum. Atqui pignus pro parte liberari non poteſt. *l. 1. l. 2. C. ſi un. ex plur. her. cred.* ac proinde, ſi vera eſt diſtinctio ſupra poſita, dicendum erat hoc caſu non actionem negotiorum geſtorum, ſed ſolam familiæ erciſcundæ, competere, ſicut ab Ulpiano in tali ſpecie reſponſum eſt *l. his conſequenter. 18. §. ult. l. heredes. 25. §. idem obſervatur. 14. ff. de hered. petit.* Cæterum non eſt quod hac objectione moveamur. Duplex in *d. l. 3. C. de neg. geſt.* proponitur caſus: unus, ubi totam pecuniæ ſummam coheres ſolvit, pro qua nullum pignus datum erat; quo caſu ſola datur actio negotiorum geſtorum: quia negotium dividuum eſt, ubi pecunia ſine pignore debetur. *l. 2. §. 1. ff. de verb. oblig.* Alter, qui mox ſequitur, eſt, cum pro communi debito hereditario pignus datum eſt. Quia autem pignoris obligatio eſt individua, non poteſt unus è coheredibus ne quidem ex parte illud liberare pro ſua tantum parte ſolvendo. *l. 1. l. 2. C. ſi un. ex plur. hered. cred.* Porro in hoc poſteriore caſu diſtinguendum eſt, utrum hereditas jam ante diviſa ſit judicio familiæ erciſcundæ, & nihil commune remanſerit, nec ne. Priore caſu ex neceſſitate datur actio negotiorum geſtorum; quoniam neque familiæ erciſcundæ judicium iterum intentari poteſt. *l. ſi filia. 20. §. familiæ. 4.*

ff. fa-

ff. famil. erciſ. neque locus eſſe poteſt judicio communi dividundo, ubi nihil remanſit indiviſum l. 1. *ff. comm. divid.* Poſteriore caſu ubi hereditas nondum diviſa eſt, ſola competit actio familiæ erciſcundæ: quam diſtinctionem locus ipſe ſuggerit. Nam prior caſus eſt in verſ. *ſive pignoris liberandi.* uſque ad illum *vel judicio* argumento à contrario verborum ſequentium ſenſu. Poſterior continetur his verbis, *vel judicio familiæ erciſcundæ. ſi non eſt inter vos redditum.* Locus ultimus, qui huic noſtræ & communi diſtinctioni objicitur, eſt *l. liberto* 31. §. *ult. ff. de neg. geſt.* ubi ei, qui in defenſione communis aquæ, id eſt, ſervitutis aquæ ſive ducendæ ſive hauriendæ, ſumptus fecit, non communi dividundo, ſed negotiorum geſtorum actio datur: cum tamen ſervitutes prædiorum ſunt individuæ. *l.* 72. *ff. de verb. obl.* & ideo ſecundum diſtinctionem ſupra poſitam non negotiorum geſtorum, ſed communi dividundo actio dari deberet. Ant. Faber ad hunc locum in *rational.* reſpondet potuiſſe ſocium partem ſuam communis aquæ ita defendere, ut tamen ſocii ſui partem defendere non cogeretur: etſi enim ſervitus per partes acquiri non poteſt, tamen per partes poſſe retineri *l.* 8 §. 1. *ff. de ſerv. l. ſi quis.* 30. §. 1. *ff. de ſerv. præd. urb.* Ego dicerem nullam per ſe juris prædii communionem eſſe, & ideo hic non communi dividundo, ſed negotiorum geſtorum agendum per textum expreſſum in *l. arbor.* 19. §. *ff. comm. div.* Communem autem aquam in *d. l. liberto.* §. *ult. de neg. geſt.* appellari, quæ prædio communi debebatur.

CAP.

CAP. XXXVIII.

An in judicio familiæ erciſcundæ abſolutio & condemnatio facienda in perſonis omnium.

SI in libello plures res ſeu plura capita comprehenſa ſint, vix dubium eſt, quin ſententia ſuper aliquo aut aliquibus eorum data valeat, niſi capita connexa ſint ita ut ſeparari nequeant. *l. etiam.* 29. §. 1. *ff. de minor. ubi Gloſſ. Bart. & alii. l. pen. C. de tranſact.* quot enim ſpecies ſunt ſeu litis capita, tot ſunt ſententiæ, id eſt, tot ſententiæ ſeparatim ferri poſſunt. *l. quid tamen.* 21. *ff. de recept. arbit. arg. l. ſcire debemus.* 29. *ff. de verb. obl. & ibi Alex. l. pen. C. de ſent. & interloc. Vant. de null. ſent. ex def. proceſſ. n.* 100. Sed & ſi unum duntaxat caput libellus contineat, idem adhuc dicendum eſt, ſi plures ſint in lite, & eorum quidam poſt litem conteſtatam reipub. cauſa abeſſe cœperint, neque defendantur; nempe ſententiam ferri poſſe ratione præſentium, & abſentium proſpectu, judicium diffindi. *l. non idcirco.* 44. *ff. de judice & ibi Gloſſ. & DD.* niſi forte cauſa individua ſit. *l.* 4. *ff. ſi ex nox. ca. ag. Vant. d. loc.* Quin & ſi generali judicio diviſorio actum ſit, puta familiæ erciſcundæ, & quædam ex rebus hereditariis indiviſæ relictæ, valet nihilominus ſententia, & de rebus indiviſis communi dividundo agi poteſt. *l. ſi filia.* 20. §. *familię.* 4. *ff. fam. erciſc.* At ſi unum duntaxat ſit litis caput & unus adverſarius, aut etiam plures, qui defendantur, tunc judicium ſcindi non poteſt, ut de re in judicium deducta partim judicetur, partim non judicetur, ſed totam cauſam ſententia dirimi oportet. *l.* 19. §. 1. *ff. de rer. arb.* v. c. ſi petitis 100. & probatis 50. reus in 50 condemnatus ſit, non valebit ſententia, niſi de reliquis 50 abſolutus fuerit. In appellationis autem judicio ſententia prior partim confirmari, partim infirmari poteſt,

teſt. *l. quædam mulier.* 47. *ff. fam. erciſc. l. ult. ff. de jur. patron. Bartol. in l.* 1. *C. ſi adv. rem judic.* Ex quo porro illud ſequitur, eandem ſententiam partim juſtam eſſe poſſe, partim injuſtam, partim valere, partim non valere; ut in ſpecie. *d. l. quædam mulier.* Diviſio, quam fecit judex familiæ erciſcundæ, pro parte valet, pro parte non valet. Sed huic loco obſtare videtur, quod Paulus reſpondet in *l. in hoc judicio* 27. *ff. eod. tit.* in judicio familiæ erciſcundæ condemnationes & abſolutiones in omnium perſonis faciendas eſſe, & ideo ſi in alicujus perſona omiſſa ſit damnatio, in cæterorum quoque perſona, quod fecit judex, non valere; adjecta hac ratione, quia non poteſt ex uno judicio res judicata ex parte valere, in partem non valere. Quibus verbis hoc ſignificat, judicem non poſſe de re, quæ tota in judicium deducta eſt, pro parte judicare, pro parte judicationem omittere. Et hoc vel maxime pugnare videtur cum eo, quod ante diximus, ubi plura ſunt petitionis capita, ſeutentiam ſuper uno eorum latam valere, & in familiæ erciſcundæ judicio poſſe aliquid indiviſum à judice relinqui, cujus diviſio poſtea petatur judicio communi dividundo. Cęterum nullam hic eſſe pugnam, loco illo Pauli expoſito, nempe *d. l. in hoc judicio.* 27. *ff. fam. erciſc.* patebit. Ait Juriſconſultus, *In hoc judicio condemnationes & abſolutiones in omnium perſona faciendę ſunt.* Quod notandum eſt. Ex eo enim intelligimus loqui Juriſconſultum de præſtationibus hujus judicii perſonalibus, quæ damni, lucri, impenſarum nomine inducuntur, non de rebus, earumve diviſione. Ex utriſque conſtat judicium familiæ erciſcundæ; *l. item Labeo.* 22. §. 4. *ff. fam. erc. junct. l.* 3. *ff. comm. divid* Si de rebus locutus eſſet, ita ſcripſiſſet, *In hoc judicio adjudicationes & condemnationes, &c.* ut in *l. cum putarem.* 36. *ff. eod. l.* 2. §. 1. *ff. fin. reg.* Nam adjudicationes præcedunt, condemnationes ſequuntur

Digitized by Google

tur. §. 4. *Inſt. de offic. jud.* at condemnationum & abſolutionum nullus eſt inter ſe ordo. Omiſſa igitur adjudicationum mentio ſatis indicat non de rebus, quarum adjudicatio eſt, ſed de perſonalibus invicem præſtationibus tantum Juriſconſultum loquutum eſſe, quanquam & in rerum adjudicatione hoc obſervandum. ut de re, quæ tota in judicium deducta eſt, plena ſententia feratur. Poteſt quidem aliquid in rerum diviſione & adjudicatione indiviſum manere in judicio familiæ erciſcundæ: quia res plures in hoc judicium appellatione familiæ deducuntur: & quod ſic omiſſum eſt, poteſt dividi poſtea judicio communi dividundo. *l. ſi filia.* 20. §. 4. *ff. fam. erciſc.* ſed de qua re ſententia fertur, de ea tota ferenda eſt, non pro parte. Et ſic quoque de præſtationibus perſonalibus quæ ſpecialiter in judicium deducuntur, judex non recte pronuntiat, niſi plene pronuntiet, facta ſcilicet, vel condemnatione vel abſolutione in omnium perſonis, à quibus petuntur. Quippe unum judicium non poteſt ſcindi in partes, ita ut de ea re, quæ in judicium venit, partim judicetur, partim non judicetur. Non poteſt, inquam, res in judicium deducta judicari pro parte, nec res judicata valere in partem tantum, de qua pronunciatum eſt; in partem autem omiſſam non valere: ſed cauſam, quæ tota in judicium deducta eſt, & totam ſententia judicis dirimi oportet. Denique plena debet eſſe ſententia judicis. *l. qualem.* 19. §. 1. *ff. de recept. arbitr.* ſemiplena ne pro parte quidem valet. Declaremus rem exemplo. Quatuor ſunt coheredes, qui inter ſe agunt judicio familiæ erciſcundæ. Primus, Secundus, Tertius, Quartus. Primo, qui impenſas in communi hereditate fecerat; Secundus & Tertius eo nomine pro ſuis partibus impenſas ſarcire damnati ſunt; Quarti damnatio omiſſa. Non valebit hæc ſententia, quia plena non eſt. Plena vero eſt, etſi non de omnibus præſtationibus perſonalibus,

quæ

Digitized by Google

quæ in judicium deductæ ſunt, quaſque à ſe invicem coheredes petierunt, judicatum ſit, dummodo in omnium perſona unius ex iis nomine condemnatio vel abſolutio facta ſit: quia & de capite uno litis ſententia lata plena ſententia eſt. *l. pen. C. de ſent. & interloc.* quæ Græca Juſtiniani conſtitutio à Cujacio reſtituta eſt. *l. 12. c. 2. obſ.* & eſt communis ſententia. Jam, credo, apparet, nullam quoque eſſe diſcordiam inter *d. l. quadam mulier. 41. ff. fam. erciſc.* & *d. l. 27. ff eod.* Nam in ſpecie *d. l. quędam mulier.* judex non ſemiplenam, ſed plenam ſententiam protulit, de omnibus ſcilicet, quæ in judicium deducta erant, pronuntians nulla parte omiſſa: itaque non peccavit in regulam *d. l. 27.* quamvis de una parte bene, de altera male judicaſſe dicatur. Nimirum aliud eſt de diverſis partibus altera bene, altera male judicare: aliud de re tota in judicium deducta non integre, ſed pro parte tantum & ſemiplene judicare, quod *d. l. 27. & l. ult. ff. de jur. patron.* improbatur. Nec hoc latuit D. Auguſtinum, qui breviculi cum Donatiſtis *col. 3. Legibus*, inquit, *judex prohibetur ſemiplenam proferre ſententiam. Cujac. lib. 23. obſ. 1.* Dices fortaſſe, cur igitur appellatur à ſententia in ſpecie *d. l. 27.* lata? Reſpondeo, quia judex etiam libertos diviſerat, qui nullo jure dividi poterant, cum non ſint in patrimonio defuncti, nec in rebus hereditariis, Itaque valet quidem hæc ſententia, at per appellationem poteſt reſcindi pro ea parte, quatenus male judicatum. Nullum enim dubium eſt, quin judex appellationis poſſit ſententiam ab inferiore judice prolatam pro parte confirmare, & pro parte reſcindere. Alii aliter reſpondent, ſed meo judicio, minus bene: quod nunc non tango.

Digitized by Google

CAP. XXXIX.

Ad quodnam tempus referenda ſit rei debitę æſtimatio ſi ea creverit aut decreverit?

Quæſtio hæc valde perplexa eſt, nulluſque eſt hodie vel judex, vel patronus, vel juriſconſultus, qui non hæreat maneatque ſuſpenſus, quoties, cum condemnatio facienda in rei petitæ æſtimationem, quæritur, ad quod tempus æſtimatio referri debeat, ut ait Cujacius *tract. ad African.* 8. *in l. hominem.* 37. *ff. mandat. in fin.* Natura & obligatione mutui continetur, ut res ejuſdem generis & æque bona creditori repoſcenti reddatur. *l.* 2. *pr. l.* 3. *ff. de reb. cred.* Dum autem res reddatur ejuſdem generis eademque bonitate, liberatur debitor, quantacunque ſit præſens æſtimatio, quippe æſtimatio extra rem eſt, & magis proficiſcitur ex rerum copia aut inopia, quam ex bonitate. Quod ſi res ipſa præſtari non poteſt, aut non æque bona, ut neceſſe ſit condemnationem fieri in rei æſtimationem, hic jam locus eſt quæſtioni propoſitæ, quodnam tempus in æſtimatione ineunda ſpectandum ſit. Atque hoc non in mutuo tantum, ſed etiam in ſtipulatione & contractibus bonæ fidei, emptione, venditione, commodato, depoſito, pignore, mandato, &c. quæritur. Primum dicam quid hoc mihi reſpondendum videatur ex ratione juris ſcripti: deinde quid juris hodie in judiciis & foro obtinere plerique interpretes teſtentur.

Æſtimatio petitur aut jure actionis, aut officio judicis; jure actionis, cum in obligationem deducta eſt à contrahentibus, puta cum quis eam ſtipulatus eſt, ut in ſpecie *l. fundum.* 28. *ff. de novat.* aut cum ab initio deberi cœpit, ut in ſpecie *l. hominem.* 37. *ff. mand.* Officio judicis venit æſtimatio, cum petitur res ipſa, quæ in obligationem deducta eſt, ſed

Digitized by Google

ea præſtari non poteſt, aut non poteſt tam bona. Hic enim officio judicis in locum rei ſuccedit ejus æſtimatio. *l. plerumque* 10. *in fin. ff. de jur. dot. junct. l. ſi ſervum*. 91. §. *ult. de verb. obl.* & ita cape *l. vinum*. 22. *ff. de reb. cred.* Cum petitur æſtimatio jure actionis, quæſtio hæc locum non habet, utrum creverit, an decreverit æſtimatio. Eam enim æſtimationem judex adjudicat, in quam debitor initio ſe obligavit *d. l. fundum*. 28. *ff. de novat.* aut quæ ab initio deberi cœpit, ut in *d. l. hominem. ff. mandat.* Atque hoc efficitur certa ratione juris, quoniam tale quidque debetur, quale in obligationem eſt deductum: eſtque hic æſtimatio ipſum principale debitum, quod ex obligatione præſtandum eſt: ideoque ſicuti homine promiſſo ipſe homo petitur, ita & promiſſa æſtimatione, non niſi ipſa æſtimatio, qualis & quanta in obligationem deducta eſt, petenda & præſtanda erit. At cum æſtimatio petitur officio judicis, tunc procedit hæc quæſtio, non in pecunia credita, cujus eſt perpetua æſtimatio. *l.* 1. *ff. de contr. empt.* ſed in frumento, vino, oleo, &c. mutuo datis, quæ pecunia æſtimantur. *l. ſi ita*. 42. *ff. de fidejuſſ.* item in cæteris rebus debitis ex quocunque contractu. Veteribus in hac quæſtione placuit hæc diſtinctio, ut ſiquidem convenerit, ut res certo die redderetur, in lite æſtimanda ſpectaretur dies adjectus inſuper habito, an contractus ſit bonæ fidei, an ſtricti juris. *l. vinum*. 22. *ff. de reb. cred. l. ult. ff. de cond. trit. l. qui autem*. 12. §. 1. *ff. ſi quis caut. jud. l. ſi calendis*. 11. *ff. de re jud. l. quotiens*. 59. *ff. de verb. obl. l.* 37. §. 1. *ff. mand.* Diem autem adjectum hic ſpectari cum dicimus, intelligimus ab eo tempore, ut termino à quo, debere judicem auctæ æſtimationis rationem habere, in ſtrictis judiciis uſque ad litem conteſtatam, in bonæ fidei uſque ad condemnationem, quaſi mora conttacta. Si convenerit, ut res certo loco redderetur, placet inſpici, quanti

quanti res plurimi poſt moram contractam eo loco fuit, quo dari debuit. *d. l. vinum. de reb. cred. d. l. ult. de cond. tritic.* uſque ad litem conteſtatam ut extremum in ſtrictis, uſque ad rem judicatam in bonæ fidei judiciis, per *l. 3. §. 2. ff. commod.* Non obſtat *l. cum quis. 22. ff. de oblig. & act.* Nam illa Juriſconſulti verba, *ejus temporis æſtimatio ſpectanda eſt, quo ſatis accepit*, ſic accipienda ſunt, ut ſignificetur id tempus, quo ut merx ſolveretur, fidejuſſor ſe obligavit: vel cum Cujacio in *d. l. cum quis. tract. 3. ad African.* & in *l. quoties. 59. de verb. oblig.* ponendus caſus, quo fidejuſſor intervenit, cum jam dies veniſſet, quo reus ſolvere debuit. *arg. l. 9. §. 3. ff. de pign. act.* Quod ſi pura ſit obligatio, in bonæ fidei judiciis ſpectatur tempus litis conteſtatæ, ut terminus à quo; tempus rei judicatæ, ut extremum & terminus ad quem: niſi res perierit: quia res antea extincta non poteſt æſtimari, quanti tunc eſt, cum ſententia fertur, & ideo æſtimatur, quanti fuit tempore interitus, per *l. 3. ff. de cond. tritic.* In ſtrictis autem inſpicitur tempus litis conteſtatæ duntaxat, id eſt, ut terminus à quo & ad quem ſimul. *d. l. 3. §. 2. ff. commod.* niſi mora facta ſit, quo caſu tempus moræ eſt terminus à quo in utroque genere judiciorum. De ſtrictis eſt in *l. hominem 37. §. 1. ff. mandat.* de bonæ fidei in *l. 3. §. ult. l. ſterilis. 21. §. 3. ff. de act. empt.* Licet enim raro ſine mora ad judicium perveniatur. *l. 3. pr. ff. de uſur.* aliquando tamen id fieri poteſt. *l. ſciendum. 21. & ſeqq. eod.* Itaque quantum æſtimatio crevit à tempore moræ uſque ad judicium acceptum in ſtrictis, in bonæ fidei contractibus uſque ad rem judicandam hic præſtandum erit. *l. 3. §. 2. ff. commod.* Contra ſi creditor in mora fuerit, ex eo tempore res æſtimabitur, quanti minimi, arg. à contrario. Quod ſi quis jam quærat, cur in ſtrictis judiciis tempus litis conteſtatæ, in bonæ fidei tempus rei judicandæ,

dæ, ut extremum ſpectetur; ratio hæc eſt, quia in ſtrictis judex adſtringitur formulæ petitionis: petitur autem res, uti nunc eſt cum petitur, *l. 2. ff. de uſur.* & huc pertinet. *d l. 22. ff. de reb. cred.* In bonæ fidei vero judiciis non ita eſt, judex formulæ non eſt adſtrictus, & poteſt judex etiam eorum, quæ poſtea contingunt, rationem habere, ſicut & exceptiones formulæ non inſertas poſt litis conteſtationem poteſt admittere. *l. plane. 38. l. ult. ff. de her. petit. l. 3. ff. de reſc. vend.*

Non obſtat *l. 5. §. ult. ff. de in lit. jurand.* ubi ſi poſt moram aut culpa debitoris res perierit ante litem conteſtatam, & judex aditus ſit, ea jurejurando in litem æſtimanda dicitur, etiam in ſtrictis judiciis. Nam liberum eſt actori recuſare jusjurandum, ſi de æſtimatione teſtibus aut inſtrumentis probare malit: utrumque enim jusjurandum in litem tam veritatis, quam affectionis actoris gratia comparatum eſt. *l. quod ſi. 71. ff. de rei vind* & quærimus hic non de æſtimatione quæ fit à parte, ſed à judice. Nihil quoque in contrarium facit *l. cum fundus. pr. 31. ff. de reb. cred.* quia illic nulla quæſtio eſt de æſtimatione rei petitæ, ſed de fructibus, acceſſionibus & cauſa rei. Certum autem eſt poſt judicium acceptum omnem cauſam actori præſtandam eſſe, id eſt, id omne, quod habiturus fuiſſet, ſi tempore litis conteſtatæ res petita reſtituta aut ſoluta fuiſſet, hæc enim omnia una cum re tacite in judicium deducuntur, & ad officium judicis pertinent. *d. l. 31. de reb. cred. l. præterea. 20. lib. & ex diverſo. 35. §. 1. ff. de rei vind. l. 2. l. 3. §. 1. l. videamus. 38. §. ſi actionem. 7. ff. de uſur. l. ædiles. 35. §. item ſciendum. 8. ff. de ædil. edict.* Non adverſatur etiam *l. 8. §. 1. ff. de cond. furt.* ubi dicitur in condictione furtiva, quæ ſtricti juris actio eſt, ſi quæratur, cujus temporis æſtimatio fiat, id tempus ſpectandum, quo res unquam plurimi fuit.

Nam

Digitized by Google

Nam quia fur ſemper, hoc eſt ab initio rei ablatæ, & quolibet momento moram facere intelligitur, ideo in condictione furtiva res, quanti unquam plurimi fuit uſque ad litem conteſtatam, æſtimatur. *l. ult. in fin. eodem tit. Fac. l. penult. ff. de act. rer. amot.* Nec adverſatur huic reſponſioni. *l.* 2. §. 2. *ff. de priv. delict.* Neque enim hoc dicimus in condictione furtiva æſtimationem reſtringi ad annum retrorſus computandum ex die judicii accepti, ut fit in lege Aquilia; ſed contrario modo rem quanti plurimi fuit ex die moræ uſque ad acceptum judicium æſtimari. Magis obſtat *l.* 3. *ff. de cond. tritic.* ubi in æſtimatione rei facienda condemnationis tempus ſpectari dicitur in condictione triticiaria, quæ creditur eſſe ſtricti juris. Reſpondet Pacius condictionem triticiariam non differre ab aliis actionibus ſpecie, ſed tantum qualitate adjectitia, & aliarum, quarum eſt adjectio, naturam imitari, *arg. l.* 1. *ff. eod. tit.* ſicut actio de peculio, inſtitoria, exercitoria, &c. non ſunt actiones per ſe conſtantes, ſed tantum actionum ex contractu, puta mandati, depoſiti, ex empto, ex ſtipulatu, &c. adjectiones, quarum actionum naturam & ipſæ imitantur. Quapropter caſus habilis in *d. l.* 3. ponendus eſt, nempe ſi triticiaria de æſtimatione agatur ex cauſa bonæ fidei judicii, puta ex cauſa commodati, depoſiti, pignoris, &c. non autem ſi eadem actione agatur ex cauſa mutui aut ſtipulationis. Ita Julius Pacius *cent.* 3. *quæſt.* 72. alii aliter. Ant. Faber *l.* 18. *conject.* 4. putat *d. l.* 3. intelligendam de caſu, quo poſt condemnationem triticiaria de æſtimatione agitur, & fortaſſe rectius: ſed amplius deliberandum. vide *Cujac. in l. quoties.* 59. *ff. de verb. obl. Don. in l. vinum.* 22. *ff. de reb. cred. Duar. ad tit. C. ſi cert. pet. c.* 8. *Hotom. ill. quæſt.* 16. *Ant. Fab.* 16. *conj. c.* 1. *& ſeqq. & Cod. for. tit. ſi cert. pet. defin.* 7. *& ſeqq. Perez in C. eodem. n.* 25. *Bronch. cent.* 2. *aſſert.* 19. *Schiford. l.* 1. *tract.* 20. *&* 8. *ſeqq.*

Cæte-

Digitized by Google

Cæterum ex communi interpretum ſententia, cum de ineunda rei æſtimatione quæritur, nulla inter judicia bonæ fidei & ſtricti juris facienda differentia, niſi cum agitur de rei æſtimatione per jusjurandum in litem ab actore probanda. *DD. poſt Bart. & Caſtr. in l. 22. ff. de reb. cred.* ita enim accipiunt, quod ſcriptum eſt in *l. 3. §. 2. ff. comm.* quia ibi etiam de jurejurando agitur. Sed tam in judiciis ſtrictis, quam bonæ fidei inſpiciendum erit tempus moræ, ſi qua litis conteſtationem præceſſerit, & eo tempore res pluris fuerit, ſive mora re ipſa contracta ſit, ut puta venditore poſt acceptum pretium ceſſante in tradenda re vendita, cujus tradendæ facultatem habet, ut in ſpecie *l. 13. §. veniunt. 20. ff. l. 5. C. de act. empt.* ſive per lapſum diei in obligatione poſiti, ut in *d. l. 22. & l. 11. ff. de re jud.* ſive per expreſſam interpellationem factam vel in judicio vel extra judicium oportuno loco & tempore. *l. mora. 32. ff. de uſur.* Quod ſi tempore moræ res minoris fuerit, creſcet in ſingula momenta æſtimatio ab eo die, quo mora contracta eſt, in diem uſque condemnationis, ſi non medio tempore mora purgata, nec poſtea rurſum contracta ſit, *arg. l. 8. §. 1. ff. de cond. furt.* cum alioqui futurum ſit, ut moroſo debitori ſua proſit fruſtratio. contra *l. hominem. 37. §. 1. ff. mand.* Sed & poſt condemnationem creſcet æſtimatio per *l. 3. ff. de cond. tritic.* ſive à ſententia perperam & ſine cauſa provocatum ſit; ſive poſt quadrimeſtre, quod faciendo judicato datur. *lib. ult. C. de uſur. rei jud.* novam moram contraxerit debitor jam condemnatus. Totius autem illius quadrimeſtris temporis induciæ, etiam cum mora præceſſit condemnationem, condemnato immunes erunt à periculo augmenti æſtimationis, ſi forte interea creverit. Interdum vero juxta eandem interpretum ſententiam ſpectandum tempus contractus, eaque debebitur æſtimatio, quæ tum præciſe fuerit, nimirum

ſi ita

ſi ita ferant verba contractus, & æſtimatio ipſa ſit in obligatione. obligatio autem ipſo contractus tempore oriatur, ut in ſpecie *l.* 28. *ff. de novat.* At ſi obligatio præſtandæ æſtimationis non ſtatim oriatur, ejus temporis habenda ratio, quo orietur, ut evenit in caſu *l. hominum.* 37. *ff. mandat.* cum quis alterius mandato dari certum hominem fidejuſſit & ſolvit: quoniam ab eo demum die, quo ſolvit, naſcitur obligatio & jus petendæ æſtimationis. per *l.* 22. *ff. de oblig. & act.* actio autem mandati datur in id tantum, quod eo nomine actori abeſt. Hanc ſententiam propter communem interpretum fere omnium conſenſum Curias omnes nunc ſequi teſtatur *Ant. Fab. C. ſuo for. ſi cert. pet. defin.* 15. nec in tam multis à ratione juris ſcripti abhorret, uti ille exiſtimat. *add. Coſtal. ad l. vinum.* 22. *ff. de reb. cred. Sand. lib.* 3. *tit.* 4. *defin.* 8.

CAP. XL.

An ſi convenerit, ut pecuniam, quam mihi ex alia cauſa debes, crediti nomine retineas, mutua fiat?

QUæſtio hæc tota Academica eſt, cui cauſam dedere duo loci inter ſe contrarii, non in ſpeciem & κατὰ τὸ φαινόμενον, ſed ὄντως & revera: nempe *l. ſingularia.* 15. *ff. de reb. cred.* & *l. qui negotia.* 34. *pr. ff. mandat.* Ita jus eſt, ut quam pecuniam tibi credidi, ea non aliter mutua fiat, quam ſi de mea tua facta ſit: in hoc enim mutuum damus, ut rerum creditarum dominium in accipientem transferatur, quod fieri non poteſt, niſi & is qui credit, dominus ſit. *l.* 2. §. *in mutui.* 4. *ff. de reb. cred. junct. l. nemo.* 54. *ff. de reg. jur.* Atque hoc mutui adeo proprium eſſe putatur, ut etiam nomen ab eo acceperit, quod de meo tuum fiat. *d. l.* 2. §. 1. *Inſt. quib. mod. re contr. oblig. in pr.* Igitur ſi inter nos convenerit, ut

tu pecuniam, quam mihi ex cauſa mandati, ſocietatis, emptionis, &c. debes, creditam tibi habeas, aut ſi, cum me mutuam pecuniam rogares, juſſerim, debitorem meum tibi dare, pecunia credita non fiet, mutuum non erit: non enim mea pecunia fuit, quæ crediti nomine aut retenta eſt, ut in caſu priore; aut tertio numerata, ut in poſteriore; ſed debitorum. *l.* 1. *ff. de lib. legat. l. Quintus Mucius.* 27. §. 2. *l. ſcribit.* 34. *pr. ff. de aur. arg. mund. leg.* Et hoc quidem efficit ſummi juris ratio, ſi videlicet κατὰ τὸ ἀκριβοδίκαιον res exigatur. Cæterum Ulpianus in *d. l.* 15. *ff. de reb. cred.* ait ſingularia quædam recepta eſſe circa pecuniam creditam, id eſt, quædam benigne recepta eſſe contra ſubtilitatem juris, παρὰ τὴν ἀκρίβειαν καὶ παρὰ κανόνας, ut bene Græci *in Baſil.* & nimirum, ut quamvis pecuniam meam non acceperis, efficiatur tamen mutua, & eo nomine mihi obligeris, convenerit inter nos, ut tu eam tanquam à me tibi creditam, mihi deberes. Cujuſmodi duas ſpecies profert. Prima eſt, cum te mutuum rogante, non dedi ipſe de meo, ſed curavi, ut tibi daretur de eo, quod mihi debebatur, dum jubeo debitorem meum tibi dare. Hoc autem receptum eſt vitandi circuitus cauſa, & fictione quadam, quæ brevis manus dicitur in *l. licet.* 43. §. 1. *ff. de jur. dot.* quaſi ille mihi prius dediſſet, ego deinde tibi. *d. l. ſingularia. in fin.* Nam & alias celeritate conjungendarum inter ſe actionum, id eſt, dum quod agimus, acceleramus, una actio ſæpè occultatur, & quodammodo ſurripitur. *l.* 3. §. *pen. ff. de don. int. vir. & ux.* Specie altera, quam ejuſdem rei confirmandæ gratia Ulpianus in *d. l. ſingularia*, affert, eſt, ſi convenerit, ut pecuniam, quam ex alia cauſa, & nominatim ex cauſa mandati tu mihi debes, crediti nomine retineas: in qua & ipſa exemplo ſuperioris mutuum admittit, & facilius etiam admittendum cenſet; quia quod in duabus per-

perſonis receptum eſt, multo magis recipi debeat in una eademque perſona: utique enim facilior factio breviorque manus tibi eſt, ubi una tantum eſt manus, ut tu ſcilicet videaris mihi ſolviſſe, & protinus à me accepiſſe. Notandum hic obiter priorem obligationem non tolli conventione & conſtitui novam ex cauſa mutui; hoc enim pugnaret cum certo & explorato jure, quia novatio non fit citra ſtipulationem, *l. 1. l. 2. & paſſ. ff. & C. de novat.* & noviſſimo jure non aliter quam ſi hoc ipſum à contrahentibus expreſſum fuerit, ſe novandi animo & prioris obligationis tollendæ cauſa poſteriorem contrahere. *l. ult. C. eod.* ſed primam tolli ſolutione, quamvis ſine conventione id non fiat: quia fingitur debitor pecuniam dediſſe creditori, atque eo modo ex priore cauſa liberatus eſſe, eodemque tempore pecunia à creditore ad illum profecta, quæ res mutuum conſtituat. Eſt & alia ſpecies præcedenti non diſſimilis, relata ab eodem Juriſconſulto in *l. rogaſti. 11. pr. ff. de reb. cred.* nempe ſi tibi mutuum roganti, quia pecuniam non habebam, lancem dederim, ut venderes, & pretio utereris, tuque eam vendideris, & nummos acceperis, hoc perinde habendum eſſe, ut ſi vendidiſſem ipſe, & pecuniam inde confectam tibi numeraſſem. Prima ſpecies dubitationem non habet: nam & Africanus in *d. l. qui negotia. 34. pr. ff. mandat.* fatetur benigne receptum eſſe, ut hujuſmodi in caſu pecunia credita fiat. Sed idem reſponſum Africani de ſecunda & tertia ſpecie negotium faceſſit, & quidem tale, ut Peliam mihi lavare videantur, qui rationem componendi diſſidii inter Ulpianum & Africanum quærunt.

DD. communiter circa ſpeciem ſecundam, videlicet, ſi convenerit, ut pecunia debita ex alia cauſa, verbi gratia, ex cauſa mandati, credita fiat, ita diſtinguunt, ut ſi quidem procurator pecuniam ha-

buerit ſolutioni paratam, procedat ſententia Ulpiani in *d. l. ſingularia.* ſi non habuerit paratam, Africani in *d. l. qui negotia.* & ita quoque Coſtalius in *d. l. ſingularia.* Coraſius 6. *miſcell.* etiam hoc in reſponſo Africani expendit, quod per epiſtolam inter abſentes convenerit, quod etiam Donellus in *d. l. ſingularia.* prætexit: ſed neque illud, neque hoc poteſt impedire fictionem brevis manus. Pone Titium, qui centum mihi debet, ex cauſa mandati aut qua alia, non habere paratam ad ſolvendum pecuniam, aut eum habitare Lutetiæ, cum ego habitem in Belgio, an propterea, quod debitor pecuniam in loculis non habet, fingi non potuerit ſoluta & retro tradita? Aut ſi alibi habitat, & per epiſtolam à me petit, ut eam pecuniam, quam ex alia cauſa debet, crediti nomine retineat, quid ni poſſit pactione hoc effici, ut credita fiat, eadem illa, quam dixi, fictione brevis manus? At regerit Coraſius nihil aliud in *d. l. qui negotia.* ab Africano proponi, niſi quod epiſtola à procuratore ad dominium negotiorum miſſa ſit: ſolius autem procuratoris voluntate à priore obligatione recedi, eamque ſolvi atque in aliam cauſam converti ſine conſenſu domini non poſſe. Sed quis non videt, quam ſtulta, ſi talem caſum ponamus, ſit quæſtio? Digna ſcilicet quæſtio, de qua Juriſconſultus adeatur & conſulatur, an debitor, qui mihi centum debet ex cauſa mandati vel alia, ſe liberare, cauſamque debiti me ignorante aut non conſentiente mutare poſſit. ſupponit Juriſconſultus, creditorem epiſtolæ ad ſe miſſæ conſenſiſſe ſive aperte per reſcriptionem, ſive tacite, hoc ipſo ſcilicet, quod aperte non diſſenſit, nec reſcripſit. *l. ſi filiusfam* 16. *ff. de ſenat. Maced.* Conſtat autem, pacta recte fieri per epiſtolam. *l.* 2. *ff. de pact.* & epiſtolam, cui conſentit is, ad quem mittitur, pro pactione eſſe. *l. dotale.* 15. *ff. de fund. dot.* Jam vero Africanum in ſpecie à ſe propoſita

epiſto-

epiſtolam pro conventione ſeu pactione accepiſſe oſtendunt hæc ejus verba; *Alioqui dicendum ex omni contractu nuda pactione pecuniam*, &c. item illa in *fin. pr. d. l. qui negotia, tamen uſuras, de quibus convenerit, præſtare debeat.* denique & duo illa exempla, in quibus mutuum ex conventione admittit. Nemo autem unquam pactionem aut conventionem dixit pro voluntate unius. *l. 1. §. ff. de pact. l. 3. de pollicit.* nec ita loqui Juriſconſulto integrum fuit, non magis quam veſtem appellare ſupellectilem Poſtremo fictioni, ut tu mihi videaris ex priore cauſa ſolviſſe, & rurſus ex cauſa mutui protinus à me accepiſſe, ſine mutua conventione locus eſſe non poteſt. Ergo pactione nuda per epiſtolam id actum inter me & te proponitur, ut pecuniam, quam mihi debes ex cauſa mandati, debeas ex cauſa crediti: & quæritur, an ea pactione cauſa mandati converſa ſit in cauſam crediti, quod negat Africanus: quamvis fateatur, uſuras ex ea pactione peti poſſe, nempe actione mandati, & periculum nummorum ad procuratorem tranſire. *d. l. qui negotia, in fin. pr.* Et igitur ſecundum Africani ſententiam in ſpecie propoſita, pactio, de qua agitur, ad obligationem ſortis ex cauſa mandati convertendam in obligationem mutui inutilis eſt. Atque hoc primum probare conatur argumento ducto ab abſurdo, quod alioqui dicendum ſit, ex quolibet contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri poſſe. Reſpondet deinde duobus argumentis, quæ in contrarium afferri poſſent, quorum alterum oſtendit eſſe à diſſimili, nempe quod nummi, quos mihi debes, ex cauſa depoſiti crediti fiunt, modo convenerit inter nos, ut crediti fiant, quia hic nummi, qui mei erant, tui fiunt. *l. condictio. 9. § ult. ff. de reb. cred.* Alterum à ſimili quidem eſſe fatetur, nempe ſi debitorem meum juſſero tibi mutuum roganti dare pecuniam, eam creditam fieri: ſed ait,

 benigne

benigne id in hoc caſu receptum eſſe, quo innuit id non eſſe producendum ad conſequentias. *l. quod vero. 14. ff. de legib.* Notandum hic in tranſitu, quod ſi in ſpecie initio ab Africano propoſita, & de qua hic quæritur, ſolius debitoris, ut vult Coraſius, voluntas interveniſſet, non alterum ſolum è duobus exemplis, quæ objiciuntur, diſſimile eſſet, ſed utrumque, & una eademque ratione utrumque rejici potuiſſet: quia ſcilicet in ſpecie controverſa unius debitoris, in exemplis objectis utriuſque conſenſus intervenerit, quod & Schifordigerus *lib. 2. tract. 16. quæſt. 5.* obſervavit. Quid vero Ulpianus in *d. l. ſingularia?* Is ex profeſſo ſe opponit Africano, & quod ille negabat, affirmat, ſcilicet etiam in ſpecie, de qua agimus, ſi convenerit, ut pecunia debita ex cauſa mandati, crediti nomine retineatur, creditam fieri; multoque magis in hac ſpecie id recipiendum eſſe, quam in illa, ubi mutuum petenti juſſi debitorem meum pecuniam dare; ducto argumento à minus probabili ad id, quod eſt magis probabile: quia, inquit, quod in duabus perſonis receptum eſt, id etiam in una admitti debet. Probabilius enim eſt, ut fictio inducatur in una perſona, quam in duabus: quippe facilius nulla interpoſita alia perſona pecuniam, quam tu mihi debes ex alia cauſa, credere tibi poſſum, ut tu mihi videaris ſolviſſe, & mox à me accepiſſe, quam per perſonam interpoſitam. Illud procul dubio non negaſſet Ulpianus, ea quæ benigne recepta ſunt, non eſſe producenda ad alia, quæ minus ſunt probabilia? veluti ſi fictio illa brevis manus in una tantum perſona recepta fuiſſet: ſed cum illa recepta ſit in duabus perſonis; etiam ad id, quod eſt probabilius, ubi una duntaxat perſona eſt, eam producendam recte exiſtimavit. Eadem diſſenſio inter eoſdem juriſconſultos eſt & in tertia illa, quam ſupra poſui, ſpecie, ſi tibi mutuam pecuniam roganti, cum eam

non

Digitized by Google

non haberem, rem aliquam vendendam dedi, ut nummos inde confectos mutuos haberes. Nam & in hac ſpecie, ſi rem vendideris, mutuam pecuniam factam eſſe ait Ulpianus in *l. rogaſti* 11. *pr. ff. de reb. cred.* nempe ſi & pretium acceperis. *l.* 19. *ff. de præſc. verb.* quod ex narratione facti ſatis intelligi putavit Juriſconſultus. id enim actum eſſe proponitur, ut rem venderes & nummis utereris, acceptis ſcilicet, quoniam non niſi acceptis uti potes. Et quoniam in mutuo ex meo tuum fieri debet, etiam hic ex ſententia Ulpiani fingitur pecunia priùs à venditore tradita eſſe ei, qui rem vendendam dederat, deinde ab eo in venditorem iterum translata mutui cauſa, ut una actio hic occultetur vitandi anfractus gratia. *l.* 3. §. *pen. ff. de donat. int. vir. & ux.* Africanus autem in eadem hac ſpecie plane contrarium reſpondet in *d. l. qui negotia. pr. verſ. his argumentum.* nempe eum, qui cum mutuam pecuniam dare vellet, argentum vendendum dedit, pecuniam ut creditam petere non poſſe. Nam quod quidam ajunt, in ſpecie Africani ideo mutuum non contrahi, qui non convenit, ut nummi ex venditione redacti eſſent crediti, ut in ſpecie Ulpiani; ſed ut res ipſa vendenda data ſtatim eſſet mutua, argentum ipſum, lanx aut aliud vas argenteum, id eſt, certum corpus, in quo mutuum non poteſt conſiſtere; *l.* 2. §. 1. *ff. de reb. cred.* id textus ipſe ſatis refellit: quod enim vendendum datur mutuum roganti, id ipſum non poteſt dici ei mutuo dari: ſed hoc non alio fine fit, quam ut pecunia ex venditione confecta tanquam credita utatur. Quapropter omnibus bene expenſis iterum dico, eos oleum & operam perdere, qui hoc inter Ulpianum & Africanum diſſidium ſtudent componere. Et nimis puerile eſt, credere nullam in corpore juris reperiri antinomiam, quia Juſtinianus hoc dixit, aut Tribonianus Juſtiniano perſuaſit. Utrius igitur

Digitized by Google

ſententia prævalebit? Quem hic ſequemur? Ulpianum ſcilicet, qui & poſterior eſt, & majorem æquitatis ac benignitatis, quam ſtricti juris rationem habendum putavit juxta *l. placuit. 8. C. de judic.* Cum contra Africanus nimium hac in parte religioſus & ſtricti juris retinentior fuerit. Non obſtat huic reſponſioni *l. ex pretio. 6. C. ſi cert. pet.* quæ eſt imperatorum Diocletiani & Maximiani Ulpiano poſteriorum: quoniam in illo reſcripto non convenit, ut debitor pecuniam, quam ut pretium emptionis debebat, inciperet debere Nicandro ex cauſa mutui: ſed cum revera ex cauſa emptionis deberetur, tantum ſimulate ſcriptum erat in inſtrumento, eam ex cauſa mutui deberi. Nulla igitur interceſſerat conventio, ut ex cauſa crediti deberetur: id quod evidenter demonſtrant verba ipſius reſcripti, *ſimulatis pro infectis habitis.* Simulabatur ergo cauſa mutui, non revera agebatur, ut eſſet mutuum. Imo ex contrario ſententia Ulpiani in *d. l. ſingularia.* illo Imperatorum reſcripto confirmatur, quod utique ſi abeſſet ſimulatio, demonſtrat, pecuniam debitam, ex cauſa venditionis nuda pactione in cauſam crediti poſſe converti. & de eo nulla hodie dubitatio eſt. *add. Cujac. tract. 8. ad Africanum in d. l. qui negotia. ff. mandat. Schifordiger. lib. 2. tract. 26. quæſt. 5.*

CAP. XLI.

An debitor exceptionem pecuniæ non numeratæ poſt biennium opponere poſſit, onus probandi in ſe ſuſcipiens?

SI quis ſcripto ſeu chirographo ſuo alteri mutuo conſenſu tradito confeſſus eſt, ſe ab eo certam ſummam mutuam accepiſſe, nec intra biennium confeſſionem ſuam retractavit, is literis obligatus eſt *pr. Inſt. de lit. obl.* Hæc autem obligatio non eſt habenda

Digitized by Google

habenda pro mere civili, ſed pro mixta ſeu civili & naturali ſimul, cui etiam competit definitio obligationis tradita *pr. Inſt. de obl.* ut ex diviſionibus ſubjectis patet. Sed illa, quæ ex confeſſione mutui accepti intra biennium competit, mere civilis eſt, & exitu inutilis, quia per exceptionem perpetuam non numeratæ pecuniæ infirmatur. *d. pr. & tot. tit. C. de except. non num. pec. junct. l. nihil intereſt. 112. ff. de reg. jur.* Nimirum mixta obligatio duorum generum eſt; una vere talis; altera præſumptive: qualis eſt obligatio judicati, confeſſi, jurisjurandi: & talis quoque eſt ea, quæ dicitur literarum. Nam ſicut poſt rem judicatam, vel jurejurando deciſam, vel confeſſionem in jure factam, non quæritur amplius, an debeatur. *l. poſtrem. 56. ff. de re jud.* ita & poſt biennium non amplius quæritur, an pecunia confeſſa numerata ſit, ſed ſcriptura auctoritate juris pro veritate habetur, & confitentem obligat: *d. pr. Inſt. de lit. oblig. l. ſi intra 8. C. de exc. non num. pec.* eademque fere ratione hæc obligatio defenditur, qua uſucapio & præſcriptiones temporales, boni ſcilicet publici & litium expediendarum prætextu. Quid ergo ſi confeſſus intra biennium cautionem & confeſſionem ſuam non retractaverit quidem, ſed paratus ſit probare pecuniam ſibi numeratam non eſſe, an non erit audiendus? Non puto. Nam ſi confeſſus poſt biennium ſcriptura obligatur, conſequens eſt eum neceſſitate rei ſolvendæ jam ita adſtringi, ut ſolutionem nullo modo evitare poſſit. Eſt enim hic certiſſimus obligationis effectus, ut qui ſecundum formam juris obligatus eſt, non aliter liberetur facto ſuo, quam ſi ſolvat aut ſatisfaciat creditori. *Inſt. de oblig. in pr.* atque hoc etiam expreſſe reſcriptum eſt in ſpecie debiti propoſita. *d. l. 8. C. de non num. pec.* Cæterum Doctoribus communiter poſt Accurſium & Bartolum contrarium magis placet, nempe de-

 bitorem

bitorem poſt biennium adhuc audiendum, dummodo paratus ſit docere de pecunia ſibi non numerata. ita *Baro. Schneid. Bachov. ad tit. Inſt. de lit. obl. Bronch. 2. aſſert. 22. Perez. C. d. tit. de non num. pec. n.* 14. Moventur primo, quod exceptiones natura ſua ſunt perpetuæ, & tunc etiam, cum ex ea cauſa naſcuntur, ex qua actio nata eſſet temporalis. *l.* 5. §. *ult. ff. de except. dol. mal.* Deinde quod cum exceptione pecuniæ non numeratæ concurrat exceptio doli, *l.* 3. *C. de pec. non num.* quæ cum ſine dubio perpetua ſint. *d. l.* 5. §. *ult.* utique etiam poſt biennium competere debeat, etiamſi ceſſare dicamus exceptionem non numeratæ pecuniæ. Tertio, quia illicitæ exactiones admittendæ non ſunt. *l.* 6. *ff. de offic. præſid.* Illicita autem & iniqua exactio eſt, ſi reus probare volens ſibi pecuniam numeratam non eſſe, non audiatur. Poſtremo, quia non poteſt lapſus biennii debitori adimere, niſi quod prius ex biennio habuit: at biennium ſolum tribuit debitori immunitatem probationis *l.* 10. *C. de non num. pec.* ergo nec lapſus biennii amplius ei adimere poteſt.

Sed procul dubio verius eſt & ſcripti juris rationi magis conſentaneum, debitorem poſt biennium non audiri, nec ſi ultro probationem offerat. Etenim poſita obligatione, id eſt, neceſſitate ſolvendi, quæ ex literis, non ex re aut numeratione naſcitur, omnino conſequens eſt, cum debitorem audiendum non eſſe, qui chirographum quidem ſuum ſeu cauſam obligationis agnoſcit; cæterum numerationem, quæ jam huc non pertinet, interveniſſe negat, licet ejus rei probationem offerat. Quod ſi probatio poſt biennium contra cautionem admitteretur, nec ſcriptura jam ad obligationem valeret, ſed tantum ad probationem; nec novum eſſet hoc obligationis genus, quod ex literis naſceretur, ſed ex re. Denique nihil haberet cautio pecuniæ mutuæ quod,

quod non eſt in cæteris, quæ non ſunt de pecunia mutua, præter immunitatem probandæ exceptionis intra biennium oppoſitæ. qua parte etiam major vis eſſet cæterarum cautionum, quam pecuniæ creditæ. *l. generaliter.* 13. *C. de pecun. non numer.* ex quibus tamen obligationem literarum non naſci inter omnes convenit. In ſumma nulla eſſet revera literarum obligatio, nullus effectus ſcripturæ, niſi in probatione & fide facienda, ut uni intra biennium incumberet probatio, poſt id tempus alteri: & conſequenter expungenda eſſet è catalogo verarum obligationum illa literarum. Loci juris in hanc ſententiam manifeſti ſunt. In *l. adſeveratio.* 10. *C. de non num. pec.* ajunt Impp. querelam ſeu exceptionem non numeratæ pecuniæ definito legibus tempore non propoſitam evaneſcere: quod certe non poteſt reſtringi ad probationis immunitatem. Ajunt enim querelam evaneſcere: quod utique falſum eſt, ſi poſt definitum tempus adhuc querelæ ſive exceptioni locus eſt, licet probatio offeratur de pecunia non numerata. In *l. ſi intra.* 8. *C. eod.* ſcriptum eſt eum, qui cautionem expoſuit, ſi intra biennium queſtus non eſt, omnimodo debitum ſolvere compelli: non poteſt autem compelli, qui juſtam exceptionem habet: imo ille debitor eſſe deſinit; nec vere debitum appellari poteſt, quod propter exceptionem perpetuam peti nequit. *l. Marcellus.* 66. *l. nihil intereſt.* 112. *ff. de reg jur.* Idem probat nec minus evidenter *l. in contractibus.* 14. *pr. C. eod.* ubi verbis diſertiſſimis cavetur, ne poſt biennium ullo modo querela de pecunia non numerata introducatur: & ergo ne tunc quidem, cum reus probationem pecuniæ non numeratæ in ſe ſuſcipit. Hoc amplius in *d. l. contractus.* §. 3. illud obſervari nominatim jubet Juſtinianus, ut ne liceat debitori, qui queſtus non eſt, poſt biennium creditori agenti in judicio deferre jusjurandum, cum tamen alias

recuſatio juriſjurandi judicialis adverſus recuſantem, qui juſtam recuſandi cauſam non habet, pro manifeſta confeſſione & probatione habeatur. *l. manifeſtæ. 38. ff. de jurejur.* adeoque facilius admittenda fuerit juriſjurandi delatio, qua actor teſtis & judex in ſua cauſa conſtituitur, ut rem uno verbo tranſigere poſſit, quam prolixæ & adverſus invitum ſuſceptæ probationes, *arg. l. 1. & l. 2. ff. d. tit.* Unde perſpicue apparet, Juſtinianum nullas omnino probationes poſt biennium admitti voluiſſe. His inſuper accedit textus in *l. ult. C. de condict. ex leg.* ubi expreſſe cavetur, ne cautio poſt ſtatutum tempus condicatur. Jam vero ſi cautio oblata probatione pecuniæ non numeratæ poſt ſtatutum tempus condici non poteſt, nulla ratio eſt, cur exceptio pecuniæ non numeratæ oblata probatione admitti debeat. Denique nec aliter Græci: ſic enim Harmenopulus *lib. 2. prompt. tit. 2. n. 4.* ὁ λέγων ὅτι οὐ γέγονεν ἀρίθμησις, εἰ μὴ ἐντὸς διετίας ἢ ἐναχθῇ, ἢ διαμαρτύρεται περὶ τούτου, οὐδεμίαν ἔχει δικαιολογίαν, id eſt, qui negat numerationem factam eſſe, niſi intra biennium conveniatur, aut de ea re conteſtetur, nullam habet defenſionem. Poſtremo, uno tantum modo legimus exceptionem pecuniæ non numeratæ perpetuam fieri, mota ſcilicet intra biennium querela, ſeu proteſtatione facta de pecunia minime numerata. *d. l. contractus. § ult.*

Argumenta in contrarium adducta infirmiora mihi videntur, quam ut hanc ſententiam poſſint convellere. Nam quod primo producitur in genere de natura exceptionum, quod ſint perpetuæ, id ad eas exceptiones non pertinet, quæ etiam ultro à debitore per modum actionis proponi poſſunt. Exempli gratia, ſi filius exheredatus ſit in poſſeſſione hereditatis, & ſcriptus heres ab eo hereditatem petat, poteſt filius in modum contradictionis ſive

exci-

excipiendo queri de inofficioſo. *l. 8. §. ſi filius. 13. ff. de inoffic. teſtam.* ſed utetur hac exceptione duntaxat intra quinquennium : ſic enim proponere eam debet, quemadmodum ageret, ſi non poſſideret, ſed peteret, ut diſerte ait Juriſconſultus dicto loco. Conſtat autem, actionem de inofficioſo quinquennio finiri. *d. l. 8. §. ult. & l. ſeq. l. 16. l. 34. in fin. C. eod.* Hoc vero ex eo eſt, quia poteſt nihilominus filius ſeparatim ſine petitione hereditatis querelam movere ad hoc ſcilicet, ut teſtamentum pronuntietur inofficioſum. Pari ratione exceptio non numeratæ pecuniæ ultra biennium non extenditur, quia & ipſa, creditore intra biennium non agente, per modum actionis induci poteſt : nam & cautionem ſuam confeſſus condicere intra id tempus poteſt condictione ſine cauſa, aut ob cauſam dati cauſa non ſecuta. *l. 7. C. de non num. pec. l. ult. C. de cond. ex leg.* & ultro queri ſive proteſtari de non facta numeratione, atque hoc pacto ſibi acquirere exceptionem perpetuam *l. 8. l. 9. l. contractus. 14. §. ult. & auth. ſeq. C. de non num. pec.* Quod ſecundo loco afferunt de exceptione doli concurrente cum illa pecuniæ non numeratæ, colorem aliquem videtur habere, ſed præter colorem nihil habet. Fatemur ultro, exceptionem doli concurrere cum exceptione non numeratæ pecuniæ, id eſt, confeſſum vel hac vel illa ad defenſionem ſuam intra definitum tempus uti poſſe. *l. 3. C. eod. tit.* ſed negamus omnem exceptionem doli eſſe perpetuam.

Duplex enim eſt doli mali exceptio, una generalis, quæ cum cæteris omnibus exceptionibus concurrit, & ex omni cauſa naſcitur, ob quam id quod petitur, exceptione elidi poteſt, quamvis inter initia nihil dolo factum ſit. *l. 2. §. & generaliter. 5. l. 4. §. penult. l. 12. ff. de dol. mal. exc. l. ſi quis. 36. ff. de verb. oblig.* altera ſpecialis, quæ naſcitur ex eadem cauſa, ex qua actio de dolo, videlicet ſi quid ab ini-

tio

tio geſtum ſit dolo malo. §. 1. *Inſt. de except. l.* 5. *C. de inut. ſtip. l.* 5. §. *ult. ff. de dol. mal. except.* Hæc ſpecialis doli exceptio perpetua eſt, & quidem non eo tantum ſenſu, quo exceptiones peremptoriæ & perpetuæ dicuntur ab effectu, quod ſemel oppoſitæ ſemper agentibus obſtent. §. *perpetuæ.* 9. *Inſt. de except.* quo eodem ſenſu etiam exceptio non numeratæ pecuniæ perpetua eſt: nam & illa intra biennium ſemel conteſtata perpetuo obſtat agenti: verum etiam reſpectu temporis intra quod opponenda. *l.* 5. §. *ult. ff de dol. mal. exc.* at generalis illa doli exceptio naturam & conditionem earum ſemper ſequitur, cum quibus concurrit, tanquam acceſſio quædam. *l.* 2. §. *& generaliter.* 5. *ff. eod.* ut ecce, is qui decem debebat, pactus eſt cum creditore ne à ſe pecunia peteretur: hic ut pacti exceptio, quæ ex hac conventione debitori quæritur, lapſu temporis non interit, ita nec doli, quæ cum ea concurrit. Quod ſi pactus ſit debitor, ne intra biennium à ſe peteretur, petenti intra biennium obſtabit tam doli quam pacti exceptio: at poſt biennium neutra. *d. l.* 2. §. *item quæritur.* 4. *ff. de dol. mal. exc.* Sic qui uſuras in futurum à debitore accepit, ei intra id tempus ſortem petenti obſtat exceptio pacti conventi. *l. qui in* 57. *ff. de pact.* & intra idem tempus propter hanc etiam illa doli generalis. *d. l.* 2. § *& generaliter.* 5. finito autem eo tempore cum illa & hæc expirat. Simili plane ratione, ut confeſſus intra biennium conventus vel exceptione non numeratæ pecuniæ, vel doli ſe tueri poteſt propter illam: ita poſt biennium ut illa ceſſat, ita & hanc ceſſare neceſſe eſt. Porro non eſt iniqua exactio, ubi debitum petitur. Neque enim iniquum eſt, ſi rationem civilem ſpectamus, eum, qui proprio chirographo confeſſus eſt, ſe debere, ſibi pecuniam numeratam eſſe, poſt ſilentium totius biennii hanc quaſi contempti beneficii juris & negligentiæ ſuæ pœnam luere, ut confeſſioni ſuæ liceris

ris teſtatæ omnimodo ſtare, & confeſſam pecuniam ſolvere cogatur, quod ad tertium contrariæ opinionis argumentum reſponſum eſto. Ultimum argumentum eſt ἐκ τῶν ἀντιστρεφόντων, quod in eos ipſos, qui illud proferunt, retorqueri poteſt, hoc modo; Quod biennium confeſſo tribuit, id lapſus biennii ei totum adimit: atqui biennium ei tribuit non immunitatem duntaxat probationis, verum etiam & maxime exceptionem ipſam non numeratæ pecuniæ: ergo lapſus biennii utrumque adimit, quod & expreſſum in *d. ll. 8. 9. 10. & 14. C. de non num. pec.* quanquam nec argumentum à contrario ſenſu contra textus expreſſos procedere notum eſt *praeſ. Evirh. in top. leg. loc. 82. n. 4. pr.* Plane ſi debitor neget ſuam eſſe ſcripturam, aut doloſe inductum dicat coactumve vi, ut confiteretur, aut dicis tantum cauſa numerationem intervenisse, cum aliud ageretur, aliud ſimularetur, etiam poſt biennium ex his cauſis exceptionem cum habere nemo eſt, qui negat. *vid. Ioan. Fab. VVeſenb. ad tit. Inſt. de lit. obl. Thulden. ibid. c. 3. Duar. ad tit. C. de non num. pecun. c. 4. Donell. ad l. 8. ejuſd. tit. Fachin. 2. contr. 81. Gudel. lib. 3. de jur. noviſſ. c. 6. Zanger. p. 3. de except. c. 14. n. 55. & ſeqq.* Cæterum uſu forenſi recepta eſt communis Gloſſæ, Bartoli & aliorum ſententia, contendentium etiam poſt biennium audiendum eſſe debitorem, modo ipſe paratus ſit oſtendere, pecuniam ſibi numeratam non eſſe lapſumque biennii creditori tantum prodeſſe ad tranſlationem oneris probandi in debitorem. *Gomez. 2. reſol. 6. n. 7. Moz. de contr. tit. de mut. n. 9. Zanger ubi ſup. n. 66. Ant Fab. C. ſuo for. de non num. pecun. defin. 1. Chriſtin. vol. 3. deciſ. 37. Sande lib. 3. tit. 2. defin. 1.* In Gallia & pleriſque Belgii provinciis non eſt melior conditio cautionis pecuniæ creditæ, quam cæterarum cautionum, agnoſcentique chirographum ſuum, & excipienti de pecunia non nu-

numerata, hujus exceptionis probatio tam ante, quam poſt biennium imponitur, & præterea fiduciaria pecuniæ petitæ conſignatio. Hoc obiter. *vid. Chriſtin. ubi ſup. Gudelin. d. c. 6. in fin. Imbert. 1. Inſt. for. c. 35. Cyprian. cenſ. Belg. ad tit. Inſt. de lit. oblig. Groenew. de ll. abrog. ad tit. C. de non num. pec. & ibi citat.*

CAP. LXII.

An jus jurandum judiciale recuſari poſſit delatum ab actore, qui nihil probavit?

NOtum eſt, tria eſſe jurisjurandi genera litis & controverſiæ decidendæ gratiâ comparata, voluntarium, neceſſarium & judiciale: his enim nominibus diſtinguuntur in *rubr. ff. de jurejur.* & *c. ult. ext. eod.* Voluntarium eſt, quod ex conventione à parte parti defertur extra judicium, id eſt, ante cœptum judicium ſive ante lite conteſtatam. *l. jus jurandum. 17. pr. ff. d. tit.* Dictum autem eſt voluntarium, quia ex voluntate litigantium totum pendet, & ab initio vel ſuſcipi vel non ſuſcipi poteſt; nec is, cui delatum eſt, illud referre, nec is, qui detulit, ſi id ei ab adverſario referatur, jurare habet neceſſe, *d. l. jusjurandum.* Itaque huc non pertinet regula *l. manifeſtæ. 38. ff. eod.* ex ſuſceptione autem, quod ab initio erat voluntarium, jam neceſſarium fit. *Beuſter. ad rubr. eod. n. 54. & ſeqq. Borcholt. tract. de jurejur. c. 7. n. 2.* Jusjurandum neceſſarium eſt, quod in judicio propter inopiam probationum, in cauſis dubiis uni ex litigatoribus à judice defertur altero invito. *l. admonendi. 31. ff. de jurejur. l. 3. C. de reb. cred.* quod ſic appellatur, 1. reſpectu cauſæ, quæ aliter expediri nequit propter inopiam probationum. 2. reſpectu perſonæ, cui id defertur, quia id ſubire cogitur, aut pati contra ſe ſententiam ferri. 3 reſpectu ipſius judicis: eo quod vel quando non de-

fert.

ert, vel ſine cauſa defert, litem ſuam facit. *Marant. ſpec. p. 6. act. de juram. n. 2.* alias ſuppletorium dicitur, & generali appellatione jurisjurandi judicialis quoque continetur. *l. pen. pr. §. 1. & 2. C. de reb. cred.* Jusjurandum judiciale eſt, quod in judicio ſeu lite jam conteſtata defertur vel ab ipſo judice poſtulante uno ex litigatoribus, vel ab uno litigatore alteri præſente & approbante judice. *l. 1. l. jusjurandum. 34 §. ait prætor. 6. l. tutor. 35. l. manifeſtæ. 38. ff. de jurejur. l. delata. 9. l. pen. C. de reb. cred.* Hoc jusjurandum in ſpecie judiciale dicitur, eſtque generis mixti: nam ſi deferentem ſpectamus, voluntarium eſt: ſi eum, cui defertur, ex parte neceſſarium: neceſſitas in eo, quod ſaltem referre cogitur; quin & qui ſemel detulit, referente adverſario ipſe jurare debet, aut pati ſententiam pro adverſario ferri *d. l. jusjurandum. 34. §. datur. 7. d. l. manifeſtæ. 38. ff. de jurejur.* Ad hoc autem poſtremum genus ſolum quæſtio hic propoſita pertinet. Illud igitur quæritur, an actor, qui nihil probavit, & nulla præſumptione juris adjuvatur, poſſit reo deferre jusjurandum judiciale eo effectu, ut niſi reus juret, aut jusjurandum referat, ſententia judicis ſit condemnandus. Negant *Gloſ. in l. 3. de reb. cred. Bart. Bald. Salic. Abb.* & alii quos refert *Maſcard. de prob. vol. 2. concluſ. 957. n. 7. Hart. Hartm. obſ. pract. tit. 13. obſ. 3. Ant. Fab. Cod. ſuo for. tit. de reb. cred. defin. 23. Caroc. de juram. lit. deciſ. q. 1. principali;* ubi *n. 4.* hanc opinionem ait magis eſſe communem. Argumenta, quæ aſſerendæ huic opinioni afferuntur, hæc fere ſunt. 1. Actor & reus ad imparia obligari non poſſunt. At reus actore intentionem ſuam probante condemnatur, ita ut ei non liceat actorem ad juramentum provocare. *c. 2. ext. de probat.* Ergo ex contrario actore non probante reus abſolvendus erit, etſi non juret, etſi nihil ipſe præſtet, ut eſt in *l. 4. C. de edend.* 2. Non ſunt pe-

tendæ probationes de domo aut è ſinu rei. *l. nimis grave. 7. C. de teſtib.* ſed quicunque judicio agere cum aliquo inſtituit, eum oportet propriis allatis probationibus reum convincere. *l.9 C. de obl. & act.* in quo ſi defecerit, is qui convenitur, obtinere debet, quamvis nihil ipſe præſtiterit, & conſequenter, quamvis non juret *d. l. 4. de edend.* Non probat autem qui jusjurandum defert, ſed ille potius, cui defertur, & qui illud præſtat. 3. Si jusjurandum judiciale reo invito deferri poſſet ab actore nullas alias probationes afferente, quicunque cogitabit non poſſe ſe extra judicium jusjurandum invito deferre, cauſam dolo malo in judicium deducere poterit, atque ita pro arbitrio moleſtiam creare adverſario ei deferendo jusjurandum judiciale. 4 Pro firmamento hujus opinionis adducuntur loci aliquot ex utroque jure, nempe *c. ult. pr. & §. 1. ext. de jurejur. l. antepen & l. pen. C. de reb. cred. l. eos qui. 26. §. ult. C. uſur. l. admonendi. 31. ff. de jurejur.* Cæterum ego contrariam ſententiam ſequi malo, nimirum jure publico permiſſum eſſe actori, etiamſi nihil probaverit, reo deferre jusjurandum judiciale, qui id aut ſubire, aut referre cogatur, recuſantem autem ſine juſta cauſa pro confeſſo & convicto habendum atque à judice condemnandum eſſe, quæ & communis & recepta ſententia eſt, *teſtib. Rod. Suarez. in l. 4 fori tit. de juram. n. 6. & ſeq.* ubi allegat *Caſtr Aug. Alex. Alber.* & alios. *Schneid. in §. item ſi. 11. poſt. Iaſon. Inſt. de action. n. 21. Gilken. ad l. 3. C. de reb. cred. n. 7. Fachin. 1. contr. 19. Cujac. 22. obſ 28. Duar. in prior. comm. de jurejur. c. 6. & in poſterior. c. 3. Donell. ad tit. de jurejur. c. 12. n. pen. & ult. Chriſtin. vol. 3. deciſ. 1. n. 2. & ibi citati Oſaſcus & Teſſaur.* pluresque alii apud *Maſcard. de probat. vol. 2. concluſ. 957. n. 9.* Et ſecundum hanc ſententiam memini me ex facto conſultum bis terve reſpondiſſe; nec aliter potui, cum tot ſint in

hanc

hanc rem loci clari & perſpicui. *l. tutor.* 25. *pr. ff. de jurejur.* ibi, *omnibus probationibus aliis deficientibus. l. cum de indebito.* 25. §. *pen. ff. de probat.* ubi ei, cui onus probationis incumbit, licentia conceditur adverſario ſuo de rei veritate jusjurandum inferre abſque ulla diſtinctione. *l. pen. pr. C. de reb. cred.* ibi, *vel in principio litis.* Ergo & quo tempore nihildum probatum eſt, *l. ult.* §. *licentia.* 10. *C. de jur. delib.* ibi, *vel per ſacramentum illius, ſi aliæ probationes defecerint.* Edictum quoque prætoris indiſtinctè loquitur. *l. jusjurandum.* 34. §. *ait prætor.* 6. *ff. de jurejur.* ut & *Impp. in l.* 9. *C. de reb. cred.* Denique & generalis eſt definitio Pauli in *l. manifeſtæ* 38. *ff. eod. add. l. ult. C. de fideicom.* Ratio hujus ſententiæ hæc eſt, ut actor, cum omnes ei deficiunt probationes aliæ, ſaltem metu divini numinis extorqueat veritatem ab adverſario: & ſecundum hoc recte Donatus in Hecyra Terentii, *ubi*, inquit, *argumenta & teſtimonia deficiunt, jurejurando opus eſt.* Juri quoque divino hæc ſententia optimè convenit *Exod. cap.* 22. *verſ.* 10. & 11. qui locus clarè oſtendit, ubi hominum deſunt teſtimonia, ad Deum teſtem poſſe provocari, præſertim quando aſſerendum eſt, quod in conſcientia latet: quò reſpiciens Apoſtolus *Epiſt. ad Hebræos c.* 6. *verſ.* 16. πάσης, inquit, ἀντιλογίας πέρας εἰς βεβαίωσιν ὁ ὅρκος. nec ulla hic prætexi poteſt jurisjurandi recuſandi cauſa, niſi metus perjurii, eo quod recuſans ſibi conſcius ſit ſe, quod petitur, debere.

Ad primum contrariæ ſententiæ argumentum reſpondeo, eſſe illud à diſſimili: nam cum actor inſtrumentis aut teſtibus intentionem ſuam legitimè probavit, & de jure ſuo plenè docuit, jam cauſa eſt ſatis liquida, ut non oporteat eum onerari ſuperfluo jurejurando: at nulla facta probatione contendente actore ſibi deberi, reoque id negante res eſt dubia, atque adhuc decidenda; & quia deficit probatio ordina-

dinaria, confugiendum ad ſubſidiariam illato jurejurando. Ad ſecundum reſpondeo, tantum abeſſe, ut actor, qui probationibus deſtitutus reo jusjurandum defert, probationes de domo rei ſumat, onuſve probandi ei imponat, ut etiam eum ipſum teſtem & judicem in propria cauſa faciat. *l. ult. C. de fideicom.* & qui ob id, ſi jurare recuſet, merito habendus ſit pro confitente ſe malam cauſam habere. *l. manifeſtæ. 38. ff. de jurejur. Diod. Tulden. in C. tit. de reb. cred. n. 4.* Ad tertium. incommodo quod hic objicitur, occurri poſſe juramento calumniæ. Notum enim eſt, eum qui jusjurandum de lite detulit, adverſario poſtulante de calumnia jurare debere, id eſt, ſe non calumniandi ſeu vexandi, aut adverſarium religione urendi animo jusjurandum deferre; ſed quia ita uti dicit, ſe rem habere ſibi plane perſuaſum ſit. *l. jusjurandum. 34. § ff. eod. l. ult. C. de fideicom. l. 9. C. de reb. cred.* Neque hæc jurisjurandi de calumnia ſpecies, quamvis rarior hodie ejus uſus ſit, prorſus exolevit, ut generale illud, quod in exordio litis ab utroque litigatore jure communi præſtandum eſt, de quo *text. in l. 2 in fin. pr. C. de jurej. propt. cal.* §. 1. *Inſt de pœn. tem. litig.* ſed ſi exigatur, adhuc præſtandum juxta *d. l. 34.* §. 4. *VVeſenb par. ff. de jurejur. n. 9. Damhoud prax. civ. c. 151. Merul. lib. 4. diſtinct. 4. ſect. 3. tit. 8. Groenew. tract. de ll. abrog. ad tit. Inſt. de pœn. tem. litig.* Ad locos, qui in contrarium adducuntur, facilis reſponſio eſt. In *ult. pr. ext. de jurejur.* hoc dicitur, juramentum quod in judicio à parte parti defertur, recuſari poſſe licite ac referri. Quis verò negat poſſe recuſari, dummodo ſimul referatur? Manifeſta hic committitur fallacia compoſitionis & diviſionis, dum disjunguntur ea, quæ illic requiruntur conjunctim. Etiam ſine cauſa recuſari poteſt à referente; recuſari autem ſimpliciter ſine juſta cauſa non poteſt. In §. 1. *ejuſd. cap.* loquitur Gregorius de juramen-

ramento purgationis & ſuppletorio ſeu neceſſario à judice inſpectis perſonarum & cauſæ circumſtantiis deferendo, quorum neutrum huc pertinet. Sic etiam juriſconſultus in *l. admonendi 31. ff. de jurejur.* expreſſe agit de jurejurando, quod à judice in dubiis cauſis unicè litigatoribus defertur, id eſt, ſuppletorio. In *l. eos qui. 26. § ult. C. d. uſur.* Juſtinianus de juramento purgationis deferendo ei, qui ſuſpectus erat de exercitione fœnoris. Quod autem idem Imperator ſancit in *l. ſi quis. 11. C. de reb. cred.* ne ille, qui primo jusjurandum detulit, & id poſtea antequam præſtitum eſſet, revocavit, dum exiſtimat ſe poſſe probare, quod intendit, ne inquam ille poſſit mutato iterum conſilio ad jusjurandum recurrere, id contrariæ ſententiæ aſſertores minime juvat, quin confutat potius. Tralatitium enim eſt, ceſſante ratione legis & ipſam ceſſare legem. At Juſtinianus hanc illius ſuæ conſtitutionis rationem dat, quia abſurdum ſit redire ad hoc, cui renuntiandum putaviſti & cum de alia probatione deſperaſti, tunc denuo ad religionem convolare. Ergo ſi quis ante jusjurandum non detulit, aperte ceſſat conſtitutio: neque enim revocaſſe intelligi poteſt, qui prius non detulit, nec denuo ad jusjurandum convolare, qui nunc primum defert. Ex *l. pen. §. 2. C. eod.* nihil aliud elici poteſt, quam quod ubi dubitatur utrum jusjurandum recte delatum ſit, nec ne, poſſit quidem de facto recuſari; ſed an jure recuſatum ſit, judex diſpicere debeat; veluti ſi delatum ſit de re ignota, de facto alieno, cujus ignorantiam prætexat is, cui delatum eſt, &c. Quid ergo, an non manifeſte huic ſententiæ adverſatur regula in *l. 4. C. de edend.* quæ tam diſerte actore non probante reum obtinere vult, etſi nihil ipſe præſtet; Nullo vero modo, quia neque ad actorem jusjurandum deferentem ea regula pertinet, quoniam de actore non probante loquitur: at delatio jurisjurandi ita actori jure tributa eſt, ut adverſario no-

nolente jurare, pro juſta probatione ei cedat: neque ad reum confitentem, at qui jusjurandum ſubire recuſat, habetur pro confitente. *l. manifeſte. 38. ff. de jurejur.* Plane ſi reus non utatur ſimplici inficiatione negando intentionem actoris, ſed exceptione ſe defendat, eamque probare paratus ſit, neceſſitate juramenti delati vel referendi vel præſtandi abſolvendus erit. Idemque dicendum eſt, ſi dicat ſe ſolviſſe: cum utroque hoc caſu reo incumbat probatio, atque ordinario legitimæ probationis medio veritas erui poſſit. Et hic locum habet, quod ajunt, poſſe paratum probare perjurii evitare ſuſpicionem; at ſimplicis & puræ negationis nulla eſt per rerum naturam probatio. *l. actor. 23. C. de probat.* & major metus eſt perjurii, cum actor, ubi jam aliquid probavit jusjurandum defert, quam ubi nihil: minor, ubi nulla adverſus reum præſumptio, quam ubi aliqua. *Diod. Tulden. ubi ſup. n. 5.*

CAP. XLIII.

An jusjurandum neceſſarium ſive ſuppletorium judex deferre ex officio teneatur, & an remitti, vel referri aut recuſari poſſit?

JUsjurandum neceſſarium ſeu ſuppletorium appellamus, quod propter inopiam probationis in cauſis dubiis uni ex litigatoribus à judice defertur altero invito, de quo loquuntur textus in *l. admonendi. 31. ff. de jurejur. l. 3. l. 22. C. de reb. cred.* & putamus neceſſarii nomen inde accepiſſe, tum quod judex illud deferre cogitur, tum quod is, cui delatum eſt, id ſubire neceſſe habeat: tum quod nec remitti à judice, nec referri ab eo, cui delatum eſt, poſſit; & denique quia ſine hoc jurejurando res expediri non poteſt ob probationum inopiam, unde & nomen ſuppletorii. Non omnes tamen hæ rationes ab omnibus admittuntur. Nam Donellus *c. 11. de jurejur. n. 8.*

n. 8. quem ſecutus eſt Treutlerus *diſp. de jurej th.* 10. negant poſſe cogi judicem, ut hoc jusjurandum deferat. *arg. d. l. admonendi. ff. de jurejur.* in verb. *Solent enim ſæpe judices*, &c. & quia ubi actor non plene probat, judex vel abſolvere reum poteſt juxta *l.* 4. *C. de edend. junct. l.* 9. *C. de teſtib.* vel ſaltem ipſo reo jusjurandum deferre. per *l.* 3. *C. de reb. cred.* & vulgatum illud, non quicquid poteſtati judicis permittitur, id continuo ſubjicitur neceſſitati juris. *l. non quicquid.* 40. *ff. de judic.* Cæterum contrarium verius eſſe, nempe judicem neceſſe habere hoc jusjurandum deferre evidenter arguunt verba *d. l.* 3. *C. de reb. cred. per judicem jurejurando cauſa cognita rem decidi oportet.* quibus ſane verbis neceſſitati juris hoc ſubjicitur, non liberæ poteſtati permittiur judicis. Et ratio manifeſta eſt, quia aliter in re dubia cauſam decidere judex non poteſt, niſi interveniente jurejurando. Unde dicitur hoc eſſe maximum remedium expediendarum litium. *l.* 1. *ff. de jurejur.* Pertinet ergo hoc ad officium judicis & officii ratio hoc ei imponit. Debet enim judex de qua re ſemel cognoſcere cœpit, de eadem etiam pronuntiare, & controverſiæ finem imponere. *l. de qua re* 74. *ff. de judic. l.* 1. *ff. de re jud.* Non obſtat verbum *ſolent*, quo utitur juriſconſultus in *d. l. admonendi* id enim neceſſitatis ſignificationem illic habet: nempe quia id ex officio & neceſſitate facere judex ſolet: & quidem, ut opinor, ex officio, ut loquuntur, mercenario, quod actioni inſtitutæ inſervit. Sic dicimus, non ſolet deterior fieri conditio eorum, qui litem conteſtati ſunt. *l. non ſolet.* 86. *ff. de reg. jur.* non ſolent, quæ abundant, vitiare ſcripturas, &c. *l. non ſolent.* 9. *eod.* nempe quia nec debent. Atque hæc etiam videtur communis & recepta opinio, ut videlicet niſi deferat judex eo caſu, quo oportet aut ſolet, appellationi ſit locus. *Sichard. ad rubr. C. de probat. n.* 7. *Cyn. in d. l.* 3. *C. de reb. cred. n.* 7. *Salic. ibid. n.* 5.

Bart.

Digitized by Google

Bart. in d. l. admonendi. n. 59. Beuſter. n. 119. Quod vero Doneilus ait, ubi actor non plene intentionem ſuam probavit, poſſe judicem reum abſolvere, vel ipſi reo jusjurandum deferre, id ei ſimpliciter concedendum non eſſe iis, quæ proximo capite diſputantur, perſpicue apparebit. Remitti hoc jusjurandum à judice non poſſe, ita ut ſecundum eum, cui remiſit, judicet, ſed re ipſa jurari oportere, ſatis probat textus in *d. l. 3. C. de reb. cred.* ibi, *decidi jurejurando rem oportet*, & textus in *d. l. admonendi. 31. ff. de jurejur.* ibi, *ſecundum eum, qui juraverit.* Et ratio minime obſcura eſt, nempe quia judex non eſt dominus litis, ſed adverſarius, qui ob id ſolus delati gratiam facere poteſt eo effectu, ut pro præſtito habeatur, ut bene DD. vulgo. At revocare delatum quin judex poſſit non dubito, ſi forte poſtea ſuſpicio inciderit fore, ut pejeret is, cui delatum eſt; aut ſi poſt delationem compererit cauſam alterius meliore jure niti: cæterum revocatum non habebitur pro præſtito. Satis quoque exploratum eſt, recuſari delatum non poſſe, niſi recuſans velit contra ſe ſententiam ferri: excepto ſi forte deferatur de re ignota, veluti ſi deferatur heredi de facto defuncti: nemo enim cogitur in facto alieno anceps perjurium ſubire. *l. 4. pr. ff. de in lit. jur. l. 34. §. 3. ff. de jurejur. l. 11. §. 2. ff. de act. rer. amot.* Atque hanc cauſam puto ſignificari in *c. ult. ext. de jurejur.* vel ſi à profano judice deferatur illicitum, iiſve verbis conceptum, in quæ vir bonus ſalva pietate & bona conſcientia jurare non poteſt, per *l. 5. §. 3. ff. de jurejur.* Sed & actori, qui intentionem ſuam inſtrumentis aut teſtibus plene probavit, delatum; aut delatum reo, ubi ab actore nihil probatum, recte recuſabitur: aut ſi poſteriore caſu deferatur actori, poterit reus appellare. *Merul. lib 4. diſt. 4. ſect. 4. tit. 24. c. 1. n. 8. & ſeqq.* An referri poſſit, quæſitum eſt. Dubitat Accurſius in *l. 12. §. 1. C. de reb. cred.* Negat

gat Donellus *ad l. 9. C. de reb. cred. n.* 18. *& ſeqq. item Borcholt. c. 7. de jurejur. n. 9. Mynſing. ad rubr. ext. de probat.* Affirmat *Ant. Faber. dec.* 19. *err.* 7. quem ſequitur vir clariſſimus Collega quondam meus D. Petrus Cunæus in *paratit. manuſcript.* Fatentur quidem illi propric ei, qui detulit, referri jusjurandum dici, nec judici, qui detulit, referri poſſe. Sed tamen exiſtimant poſſe eum, cui judex detulit, illud rejicere in adverſarium ſuum, *arg. d. l.* 12. §. 1. *C. de reb. cred.* cum ibi Juſtinianus expreſſe dicat aut præſtandum eſſe juramentum, aut referendum, ſive pars parti in judicio, ſive judex parti detulerit: cui ſententiæ hoc conſequens eſt, ſi judex ob ſemiplenam probationem hoc jusjurandum deferat, licere hoc caſu parti, cui delatum eſt, in alteram partem id rejicere. Sed reſiſtit ipſa verbi *referre* ſignificatio. Refertur enim, unde illatum eſt. Quod ſi delatum non ex neceſſitate ſuſcipiendum ſit, ſed referri poſſit, cur magis hoc jusjurandum neceſſarium nuncupemus, quam judiciale, cauſam nullam video. Fatemur verba Juſtiniani in *d. l.* 12. §. 1. valde obſcuram habere ſententiam, & agnoſcimus hiulcum illud & moleſtum dicendi genus Triboniano familiare: ſed tamen, ut concedamus verba illa, *vel ex auctoritate judicis cuicunque parti illatum*, &c. de neceſſario accipi debere: tamen quod eodem loco mox ſubjicitur de relatione, id ad jusjurandum judiciale duntaxat pertinere omnino exiſtimamus: ſic ut ſingula ſingulis reſpondeant hoc modo, cui à judice defertur, is præciſe jurare debet; cui à parte, jurare vel referre. Argumento eſt, quod neceſſitas præſtandi relatum non indiſtincte utroque caſu utrique imponitur, ſed uno caſu tantum, & ei cui jure refertur, qui ſcilicet ipſe ante detulit: atque in hunc ſolum quadrat ratio, qua §. 1. *d. l.* 12. clauditur, *Quis enim ferendus eſt ad appellationis veniens auxilium in his quæ facienda procuravit?*

Digitized by Google

CAP. XLIV.

Quando & quibus in cauſis à judice deferri poſſit aut debeat jusjurandum neceſſarium ſeu ſuppletorium?

POteſtas judicis in deferendo juramento ſuppletorio tribus conditionibus circumſcribitur, ut deferat in probationum inopia, in cauſis dubiis, & cauſa cognita. *l. 3. C. de reb. cred. & jurejur. l. admonendi. 31. ff. de jurejur.* Primum igitur neceſſe eſt, ut cauſa laboret inopia probationum: nam probationibus ſuppetentibus, aut ſupervacuum eſt hoc jusjurandum, ſi deferatur actori: quia & ſine jurejurando ſatis probatum, ut ſecundum eum debeat judicari; aut iniquum, ſi deferatur reo, quippe quem convictum condemnari oportet juxta formam juris. *l. negantes. 9. C. de obl. & act.* Deinde ut deferatur non in quavis inopia, ſed in cauſis dubiis duntaxat. Dubias autem cauſas definio non eas, in quibus pares utrinque probationes ſunt; (tunc enim reum abſolvi oportet. *c. ex literis. §. ult. ext. de probat. c. inter dilectos. 6. ext. de fid. inſtrum. arg. l. inter pares 38. ff. de re jud. l. Arrianus. 47. ff. de oblig. & act. cum ſimilib.*) ſed eas, in quibus judex dubius eſt ob minus plenas probationes allatas, puta ſi actor unum inculpatum teſtem omnique exceptione majorem proferat, poterit ei juramentum ſuppletorium deferri: ac tales caſus plures occurrere poſſunt: ita *DD. comm. in d. l. admonendi. & d. l. 3. VVeſemb. par de jurejur. n. 10.* & hæc ſententia in omnibus curiis recepta, eamque hodie ſequimur. *Coſtal. in d. l. admonendi. Merul. lib. 4. diſt. 4. ſect. 4. tit. 23. c. 1.* Ab hac tamen ſententia, quaſi juri Juſtinianeo minus conſentanea, recedunt *Duar. lib. 2. diſp. 33. Donell. de jurejur. c. 11. n. 4. Ant. Fab. 19. conj. 1. Bronch. 2. aſſert. 93.* contendentes, dubias cau-

ſas

Digitized by Google

ſas intelligi eas, in quibus par eſt utrinque & plena probatio; atque iſto demum caſu locum habere, quod de jurejurando ſuppletorio ſive neceſſario deferendo præcipitur. Sed hæc potius illorum opinio juri noſtro minus conſentanea, imo plane non convenire videtur. Neque enim poteſt dici cauſa laborare inopia probationnm, cum ab utraque parte plene probatum eſt: ſed tunc actoris probationibus per contrarias rei eliſis perinde habendum erit, ac ſi nihil probatum eſſet, & reus, ut dixi, abſolvi debebit. *c. cum ſunt. ext. de reg. jur. in 6. per l. ubi pugnantia.* 188. *eod.* Et vero ſi, ut illi volunt, ubi actor uno teſte probavit, & reus nihil, nihilominus reus abſolvendus ſit, multo magis abſolvendus erit, ubi ille totidem teſtes pro ſe produxit, quot actor. *Matth. VVeſenb. conſil.* 13. *n.* 3. Nec quod illi regerunt, magni momenti eſt, nempe alias effici, ut hoc jusjurandum deferri queat, etiam ubi nihil probatum eſt. Nam primum tunc non poteſt dici cauſa dubia. Deinde aliud eſt defectus probationum, ubi nullæ ſuppetunt; aliud inopia, ubi quædam ſuppetunt, ſed ancipites aut minus idoneæ. *Cujac. lib.* 22. *obſ.* 28. *in fin.* Inopia quippe opponitur copiæ & opibus, & minor eſt egeſtate. Sic inopiam frugum, vini, amicorum, inops ærarium, inopem linguam, &c. dicimus, non cum plane nihil, ſed cum quantum ſatis eſt, ſuppetit.

Sed expendamus ſingula, quæ huic ſententiæ objiciuntur. Sic igitur illi porro argumentantur in contrarium. Aut probat actor, aut non probat: illo caſu vincit ſine jurejurando. *l.* 9. *C. de oblig & act.* hoc caſu reus abſolvi debet. *l.* 4. *C. de edend.* Reſpondeo, eſt medium quiddam, cum ſcilicet actor neque omnino probat, neque nihil, ſed aliquid, &, ut loquuntur, ſemiplene. Non enim ideo, qui parum probavit, dici debet nihil egiſſe, proprerea quod judex ei penitus aſſentiri non debet, *arg. l.* 3. §. 1. *&*

2. *ff. de teſtib.* Aiunt paria eſſe non probare & non perfecte probare, per *l. 6. ff. qui ſatiſd. cog.* & cum lex exigit probationem, exigere juſtam & legitimam. *l. ult. C. de probat.* Reſpondeo, ratio hæc obſtaret, ſi ſemiplenam probationem ſufficere diceremus. At nunc contra, quia ea per ſe non ſufficit, ſed opinionem duntaxat inducit, ideo dicimus ad ſuppletorium hoc juramentum judicem recurrere poſſe & debere. Nimirum paria quidem iſta ſunt in eo, quod nec imperfectæ probationis ea vis eſt, ut fidem & aſſenſum mereatur, quia per ſe inefficax: ſed quando alia adminicula accedunt, ut fieri poteſt. *l.* 5. *l.* 6. *C. de probat.* jam pro perfecta cedit, & plenam fidem facit. Inſtant tamen & aiunt, duo vel plura imperfecta non facere unum perfectum. *arg. l. ſpadonem.* 15. §. *quia jura.* 11. *ff. de excuſ. tut.* unde colligunt nec jusjurandum junctum cum ſemiplena probatione poſſe efficere probationem plenam. Sed non eſt novum, ut duo aut plura, quæ per ſe ſingula infirma ſunt aut inefficacia, juncta ſimul & coacervata, vires & efficaciam conſequantur, verbi cauſa, unius teſtis, quamvis omni exceptione majoris, teſtimonium plenam fidem non facit: ſed ſi ea, quæ dicit, conſentiente fama, aliiſve veritatis indiciis confirmentur, jam illius teſtimonium pro plena probatione habendum eſt. *l.* 5. *& 6. C. de probat.* Similiter etſi ſingula pacta per ſe actionem non producunt, ſi tamen id quod pacto quis promiſit ſe ſoluturum pacto idem deinde conſtituat, aut alius pro eo, hic actio pecuniæ conſtitutæ jure prætorio in conſtituentem datur. *l.* 1. *& tot. tit. ff. de pecun. conſtit.* Sic etſi neque ſponſalia, neque concubitus per ſe matrimonium efficiunt, ſi tamen ad ſponſalia accedat concubitus, tranſeunt in matrimonium. *c. veniens.* 11. *c. is qui fidem.* 30. *ext. de ſponſal.* Et ut favore pupillorum receptum ſit, ne duæ aut plures imperfectæ excuſationes unam aliquam perfectam efficiant:

ciant:

qui studiò l'Avv. Consiglio Emilio, Pugliese, l'anno 1994: Ottobre

ciant: in noſtro tamen caſu alius favor eſt, qui ſuadet, ut imperfectæ probationes duæ vel plures unam perfectam probationem repræſentent, ne ſcilicet probationes redigantur in anguſtum contra *l. quoniam in fin. C. de hæret. l. pen. pr. C. de reb. cred. & jurej. Sichard. in l. 3. C. d. t. n.* 12. Plane ubi non ad probationem tantum, verum etiam ad actus ſolennitatem & ſubſiſtentiam certus numerus teſtium deſideratur, quorum uno deficiente actus ſit nullus, ut in teſtamentis; hic ſi pauciores ſint adhibiti, juramento ſuppletorio non eſt locus. *l. ſi unus.* 12. *C. de teſtam. Salic. in d. l. 3. n.* 16. Sed fortaſſe nihil adhuc profeciſſe videbimur iis, qui clamant vocem unius vocem eſſe nullius, & expreſſe legibus vetitum eſſe unius teſtis, quantacunque dignitate præditus ſit, reſponſionem audiri. *l. jurisjurandi.* 9. §. 1. *C. de teſtib.* Reſpondemus ne nos quidem hoc dicere, unius teſtis vocem eſſe audiendam, id eſt, credendum eſſe unius teſtimonio: credere eſt plene aſſentiri. Poteſt tamen unius viri honeſti & gravis teſtimonium movere animum judicis, & creare etiam non levem ſuſpicionem. Opponuntur in *l.* 3. §. 2. *ff. de teſtib.* quid aut credat judex, aut parum probatum ſibi opinetur. Non ideo tamen, qui parum probavit, nihil egit: licet ob id judex ei credere non debeat ſeu penitus aſſentiri. Senſim ad firmam aſſenſionem pervenitur & quaſi per gradus. Plerumque levi primum ſuſpicione judex movetur, mox etiam vehementiore, quæ opinionem inducit; tandem ſuccedit & plena perſuaſio ac firmus aſſenſus, accedentibus aliis atque aliis veritatis indiciis. Ac plane ut fides & aſſenſus modo plenus & integer, ac firma perſuaſio; modo imperfectior, ut in opinione dubitationem adjunctam habente: ita & probatio argumentum faciens judici fidem. Collectio ex Calliſtrato in *d. l.* 3. §. 1. & 2. *ff. de teſtib.* Cum autem ſatis conſtet ex *l.* 5. & *l.* 6. *C. de probat.* plures probationes

Digitized by Google

tiones imperfectas, licet diverſi generis, jungi, & ita junct s firmum aſſenſum mereri poſſe, neceſſe eſt, ut per ſe quoque ſingulæ conſiſtant & aliquid operentur. Finge ab actore produci teſtem unum, hominem ſpectatæ fidei, eaque, quæ dicit, aliis quibuſdam veritatis argumentis confirmari: quamvis ſingula hæc per ſe plenam fidem non faciant, aliquam tamen faciunt, & juncta, quod ſingulis pondere deeſt, numero ſupplent. Finge proferri chirographum, quod is, adverſus quem profertur, à ſe ſcriptum neget, eumque eſſe hominem vilem & contemptum, cum is, qui profert, ſit vir gravis & integræ exiſtimationis, accedere teſtem unum omni exceptione majorem, qui pecuniam, quæ ex chirographo petitur, numerari viderit, non poterit non judex moveri, quin opinetur actorem bonam cauſem habere: ſed quia hæc probatio ſola & per ſe plenam fidem non facit, quæ ſcilicet ad definiendam controverſiam & ſententiam ſecundum eum, qui nihil amplius præſtitit, ferendam ſufficiat, hic dicimus rem ita tranſigi oportere, ut judex in ſupplementum ejus, quod ad juſtam probationem deeſt, actori jusjurandum deferat, eoque ab actore præſtito, ſecundum eum judicet. *d.l. admonendi. & d.l. 3. C. de reb. cred.* Qui hæc negant, & ſuperiorem diſtinctionem non admittunt, illi in arguendo laborant petitione principii, poſtulantes ſibi concedi τὸ ἐν ἀρχῇ, id quod eſt in quæſtione, quæ manifeſta captio eſt. Quæſtio hæc eſt, an omnino jus præſcribat & præcipiat, ne ullum argumentum, aut ulla ratio in judiciis admittatur, niſi ex qua una ſola perfecta rei geſtæ fides adſtruatur? Si hoc verum eſt, non aliæ rationes in judiciis admitti atque à judice audiri debent, quam quæ ſeorſum per ſe ſingulæ ſunt quaſi apodicticæ, non alia inſtrumenta, quam ubi per ſe quodvis ſufficienter probat, eamque fidem judici facit, quæ movere eum poſſit ad ſententiam ſecun-

cundum eum, qui iſtud profert, ferendam: at conſequens hoc falſum eſſe ſupra ſatis demonſtratum eſt ex *l.* 5. *&* *l.* 6. *C. de probat.*

Tertia conditio, qua poteſtas judicis in deferendo jurejurando ſuppletorio limitatur, eſt, ut id deferat cauſa cognita. *l.* 3. *C. de reb. cred.* Hoc autem nihil aliud eſt, quam ut judex ei deferat, cui deferri ob juſtas cauſas æquius eſſe videbitur: non enim ſtatim, v. c. actori, qui ad probationem aliquid attulit, deferri debet, ſed inſpiciendæ prius perſonarum & cauſæ circumſtantiæ. *c. ult. ext. de jurejur.* Itaque nihil, meo judicio, præciſe hic definiendum: ſed multa examinanda ſunt, priuſquam ad delationem hujus jurisjurandi perveniatur: in primis fides cujuſque & conditio perſonæ, qualitas & pondus rei, de qua agitur; teſtium item, qui producuntur, prudentia; denique & probationis modus: ac demum his rebus bene exploratis judex ex animi ſui ſententia æſtimabit, an jusjurandum & utri deferri debeat. Pernicioſe igitur errant judices, qui hoc jusjurandum paſſim & ſine delectu deferunt, de quo queritur Joan. Oldendorp. in *tractat. de probat.* Quædam etiam cauſæ ſunt, in quibus hoc jusjurandum locum non habere tradunt DD. cujuſmodi ſunt, cauſæ criminales, utpote in quibus probationes non tantum plenæ eſſe debent, ſed etiam luce meridiana clariores. *l. ult. in fin. C. de prob.* nec admittendæ propter inopiam aliarum probationes præſumptivæ, qualis eſt probatio per juramentum. *l.* 5. *pr. ff. de pœn.* *l. antepenult. ff. de quæſt.* *Sichard. in l.* 3. *C. de reb. cred. n.* 5. *Gail.* 2. *obſ.* 94. *n.* 3. *Mynſing.* 2. *obſerv.* 17. *Fachin.* 1. *contr.* 25. *Coſtal. ad l.* 3. *ff. de jurejur.* *Diod. Thulden. in C. de reb. cred. n.* 9. quanquam hic reus interdum admittitur ad jusjurandum purgationis. *Novell.* 124. *c.* 2. unde *auth. novo jure. C. de pœn. jud. qui mal. jud. c.* 5. *&* *ult. de purg. cau. c.* 1. *ext. de confeſſ.* Item cauſæ matrimoniales. *Gail. de*

loc. Covar. de matrim. p. 1. *c.* 4. §. 1. *n.* 8. Item cauſæ civiles arduæ & magnæ quantitatis. *Sichard. d. loc. n.* 8. *Gail.* 1. *obſerv.* 108. *n.* 11. *Mynſing.* 1. *obſ.* 68. In quibus tamen, ſi plus quam ſemiplene probatum eſt, huic jurijurando locum eſſe volunt, puta ſi cum ſemiplena probatione concurrat aliqua ſuſpicio aut conjectura. *Gail. d. loc. deciſ.* 57. *Cur. Holland.*

CAP. XLV.

An judex poſsit ab initio modum ſtatuere jurijurando in litem, & an ex cauſa poſsit id non ſequi, vel à principio non deferre?

Est genus aliquod jurisjurandi, quod ob dolum, contumaciam, aut culpam rei ſoli defertur actori, & à noſtris jusjurandum in litem appellatur. Hujus autem duæ ſunt ſpecies, quarum alteram jusjurandum affectionis, alteram veritatis interpretes appellant. Affectionis jusjurandum eſt, quo actor jurat, quanti rem æſtimet ex affectione, quod ſæpe verum rei pretium excedit. *l.* 1. *l.* 8. *ff. de in lit. jur.* veritatis, quo jurat actor, quanti rem æſtimet ex vero, ſeu quanti vere ipſius interſit, omni affectione ſemota. *l.* 2. §. 1. *ff. eod.* Prius in ſpecie vocatur in litem: quanquam & poſterius ſic appellatur. *l.* 5. §. *ult. cum l. ſeq. ff. eod.* Utrumque defertur à ſolo judice. *l.* 4. §. 1. *ff. eod.* Poſterius etiam in ſtrictis judiciis defertur, re poſt moram aut culpa debitoris perempta. *d. l.* 5. §. *ult. & l. ſeq.* Prius tantum in judiciis arbitrariis & bonæ fidei, ob dolum aut contumaciam non reſtituentis aut exhibentis. *d. l.* 5. *pr.* & §. 3. *l.* 8. *eod. l.* 3. §. 2. *ff. commod. l. qui reſtituere.* 68. *ff. de rei vind. cum ſimilib.* Ad hoc poſterius, videlicet jusjurandum affectionis, pertinet, quod legimus, licere actori in infinitum jurare, atque id etiam judicem ſequi debere. *l.* 4. §. 2. *ff. de in lit.*

jur.

Digitized by Google

jur. d. l. qui reſtituere. §. 1. *de rei vind.* nec poteſt dici pejeraſſe, qui ex affectu jurejurando rem æſtimat; quia de arbitrio ſuo & affectu juravit, non de vero pretio. In infinitum autem idem valet, quod in immenſum, ut id poſtea in *d. l.* 4. §. 2. explicat Ulpianus, id eſt, etiam in eam ſummam, quæ longe rei pretium ac pene modum in eo excedat; dum tamen certa ſumma dicatur, ad quam lis æſtimetur. Hæc enim iſtorum locorum ſententia eſt, nempe quia legibus, quibus de hoc jurejurando cautum eſt, certa quantitas ad quam uſque juretur, non eſt definita, ideo neceſſe non eſſe, ut jurans hic ſervet certum aliquem in jurando modum; ſed poſſe eum ex affectione pro arbitrio ſuo rem æſtimare, & in eo affectioni ſuæ etiam immodice indulgere. Eodem ſenſu Juſtinianus in §. *& unum.* 4. *Inſt. de hered. inſtit.* dicit poſſe teſtatorem in infinitum quotquot velit heredes inſtituere. In infinitum, id eſt, εἰς ἀπέραντον, ut infinitum iſtic accipiatur pro indefinito incertoque heredum numero. Porro tria de hoc jurejurando inter alia in dubium vocantur. 1. an judex poſſit ab initio modum huic jurijurando ſtatuere, ad quem uſque juretur. 2 an poſſit aliquando judex id non ſequi. 3. an poſſit in totum non deferre. Negat hæc omnia *Ant. Faber* 16. *conject.* 17. *& dec.* 18. *err.* 10. contendens nec ab initio taxationem, nec poſtea deminutionem aut abſolutionem judici apud veteres permiſſam fuiſſe: imo nec ab initio non deferendi licentiam. Nos autem conſtanter dicimus poſſe atque olim etiam potuiſſe judicem taxationem huic jurijurando adjicere; poſſe & potuiſſe jusjurandum non ſequi, ſed vel minoris reum condemnare, vel etiam prorſus abſolvere; denique poſſe & potuiſſe id à principio non deferre. Ad hoc autem probandum non eſt neceſſe uti argumentis longe petitis: loci in medio poſiti ſunt veterum Juris conſultorum Ulpiani, Marciani & Pauli,

 quibus

quibus idem illi, quod nos, & tantum non iiſdem verbis pronuntiant. Et quod ad primum attinet, Ulpianus in *l.* 4. §. 2. *ff. de in lit. jur.* quærit, an judex modum jurijurando ſtatuere poſſit, ut intra certam quantitatem juretur, ne arrepta occaſione juretur in immenſum: & reſpondet etiam hoc arbitrio bonæ fidei judicis congruere. Marcianus in *l.* 5. §. 1. *ff. eod.* poteſt, inquit, judex præfinire certam ſummam, uſque ad quam juretur. In *l.* 3. §. 1. *ff. ad exhib.* Ulpianus ait in actione ad exhibendum notandum eſſe, quod reus contumax per in litem juſjurandum petitoris damnari ei poſſit, judice quantitatem taxante. Paulus in *l. arbitrio.* 18. *pr. ff. de dol. mal.* ait poſſe per contumaciam ſuam tanti reum condemnari, quanti actor in litem juraverit; ſed officio judicis debere in utraque actione (de dolo ſcilicet, & quod metus cauſa) taxatione jusjurandum refrænari. Ex iiſdem locis ſimul intelligimus, jurare quidem in infinitum, ſeu in eam ſummam, quæ pretium rei longe excedat licere, atque id quoque judicem ſequi, ſed tunc cum taxatio jurijurando adjecta non eſt: cæterum ſi judex certam ſummam præfiniverit, ad quam uſque juretur, tum ultra jurare non licere. Non obſtat *l. qui reſtituere.* 68. *verſ. ſi vero non poteſt. ff. de rei vind.* quoniam verba illa Juriſconſulti, *ſine ulla taxatione*, minime referenda ſunt ad vocem *damnandus*, ſed conſtruenda & conjungenda cum verbo *juraverit*, ut in ipſo textu: ut ſit ſenſus, cum juravit nulla taxatione à judice præfinita, id judex ſequi debet. Sed & ſi judex modum jurijurando non ſtatuerit, aut intra modum ſtatutum juratum ſit, poteſt tamen jusjurandum non ſequi, & vel minoris reum condemnare, vel prorſus abſolvere: utique ex magna cauſa & poſtea repertis probationibus: verba ſunt Ulpiani in *d. l.* 4. §. 3. & eſt arg. in *l. admonendi.* 31. *ff. de jurejur.* Magna cauſa eſt, veluti ſi doceatur reum non deſiiſſe dolo poſſidere, aut peti-

Digitized by Google

petitorem non eſſe dominum fundi, aut pro parte non eſſe, aut partem duntaxat à reo per contumaciam non eſſe reſtitutam : atque hic locum habet, quod Juriſconſultus ait, poſſe judicem vel minoris reum condemnare, vel prorſus abſolvere. Nec quicquam mutat *auth. poſt jusjurandum. C. de judic.* ubi non agitur de jurejurando affectionis, ſed veritatis, quo impenſæ litis à victore æſtimantur. *Gloſſ. ibid.* Quod ſi ex novis inſtrumentis hoc jusjurandum retractari poteſt, poterit etiam ab eo appellari. Eſt enim hoc jusjurandum in hujuſmodi caſibus ſimile neceſſario ſeu ſuppletorio, quia utrumque judex non pars parti defert, & defert altera parte invita. Fac. *l. ult. §. 1. ff. de appellat. Duar. ad l. 5. ff. de in lit. jur.* quanquam in aliis propius accedit ad voluntarium, quoniam actoris cauſa comparatum eſt, qui idcirco id impune recuſare poteſt, ſi de vera æſtimatione probare velit, ut recte Bartolus ad *l. ult ff. de in lit. jur. Borcholt. tr. de in lit. jur. c. 3. n. 27.* & eſt in eam rem textus expreſſus in *l. quod ſi poſſeſſor. 71. ff. de rei vind.* Quod vero in *l. 4. pr. ff. de in lit. jur.* nominatim de tutoribus & curatoribus refertur, eos ut jurent, cogi non poſſe, id propter ſpecialis dubii in his perſonis rationem notandum fuit, quia ſi recuſent jurare, tutelæ vel curæ judicio de damno inde accepto pulſari poſſunt. Conditio autem in *d. l. 4. in fin. pr. ſi velit*, propria eſt hujus jurisjurandi, non adoleſcentis. *Borch. d. tract. de in lit. jur. c. 3. n. 27. & ſeqq. Donell. 26. comm. c. 12.* Quid igitur eſt, quod Paulus in *l. ult. ff. eod.* ſcribit, ex neceſſitate juris in litem jurari? Reſpondeo primum, Paulum non loqui de jurejurando in litem affectionis, ſed veritatis. Deinde, Paulum non intelligere neceſſitatem aliquam juris publici, ſed privati; quia cum æſtimatio rei, quæ non extat, difficillime probari poſſit, neceſſe ſit actori jurare, niſi eam ſibi perire velit. Et denique, ſic Paulum loqui reſpectu judicis,

 quia

quia judex ſine delatione jurisjurandi non poteſt æſtimare rem, quæ non extat. *l.* 5. §. *ult. ff. eod.* Illud autem ineptum eſt, quod quidam aiunt, in *d. l. ult.* agi de neceſſitate patiendi delationem jurisjurandi impoſita contumaci, non de neceſſitate impoſita ei, cui defertur: nam neque, ut jam diximus, de jurejurando affectionis, quod ob ſolam contumaciam defertur, illic agitur; neque verbis Juriſconſulti, qui ex neceſſitate juris in litem juravit, talem ſenſum affingent, qui Latine ſciunt, ille jurat ex neceſſitate juris, id eſt, alter eum jurantem pati debet. Quemadmodum autem judex modum jurijurando ſtatuere poteſt, ita & poteſt ab initio in totum non deferre: imo propterea quod judici licet in totum à principio non deferre, ideo & modum jurijurando ſtatuere poteſt, ne ultra certam quantitatem juretur: ratio & collectio Ulpiani in *d. l.* 4. §. 2. item Marciani in *d. l.* 5. §. 1. *ff. eod.* & ibi vulg. DD. Poteſt ergo judex & taxare quantitatem, in quam juretur; & ideo poteſt, quia poteſt in totum jusjurandum non deferre. Movere non debet, quod Ulpianus in *d. l.* 4. §. 1. ſcribit, judicem oportere hoc jusjurandum deferre; quippe quo hoc tantum ſignificatur, ſi quo caſu deferendum ſit, à judice deferendum eſſe, non à parte, ad differentiam voluntarii & judicialis. Enimvero non hoc dicimus, etiamſi de dolo & contumacia adverſarii aperte & liquido conſtet, eſſe in poteſtate judicis non deferre, ſed ubi de eo ambigitur nec ſatis liquet. Nam quæ judicis arbitrio permiſſa, non in meram ejus voluntatem collata intelliguntur, ſed commiſſa viro bono, cum neceſſitate arbitrandi & ſtatuendi, quod ſibi æquius melius videbitur. *arg. l. ſi ſic legatum.* 75. *ff. de legat.* 1. *Duar. ad tit. de in lit. jur. n.* 29. *Coraſ. ad l.* 5. *eod. n.* 21. Mirabitur jam forte aliquis, quid Ant. Fabrum moverit, ut contra tot expreſſos & claros textus ſuperiora omnia negaverit: neque injuria. Nihil enim ille

ille ad confirmationem opinionis ſuæ profert præter locos in *l. qui reſtituere.* 68. *ff. de rei vind. l.* 4. *in pr. &* §. 1. *l. ult. ff. de inlit. jur.* in quibus tamen nullum ei præſidium eſſe, ſatis abundeque probavimus: & tamen tam infirmo aut potius nullo auxilio fretus audet alios locos omnes delere aut Triboniano adſcribere, quaſi in iis ipſe ſermo Triboniani eluceat. Ait igitur *d. l.* 4. §. 2. à verbis, *Sed an judex, &c.* & §. *ſeq.* item *l.* 5. §. 1. *&* 2. *ff. de in lit. jur. l. arbitrio.* 18. *pr. verſ. ſed officio. ff. de dol. mal.* eſſe ex emblematis & additamentis Triboniani, taxationemque illam ignotam veteribus primum à Zenone introductam. *l.* 9. *C. unde vi.* Sed profecto tot illuſtres, quos modo citavimus, locos ex π. in quibus eſt terſus & emendatiſſimus ac genuinus veterum ſermo, minime redolens Tribonianum, Triboniano adſcribere nimis temerarium eſt. Aliter olent catuli, aliter ſues. Subactæ in Latinitate & legibus Romanis aures facile verba veterum Juriſconſultorum diſcernunt à circumducta & moleſta oratione Juſtiniani aut Triboniani. *Legitimumque modum digitis callemus & aure.*

CAP. XLVI.

An ex omnibus contractibus innominatis duplex actio competat, præſcriptis verbis, & condictio ob cauſam dati?

CONtractuum innominatorum quatuor genera facit Paulus in *l.* 5. *pr. ff. de præſcr. verb.* do, ut des; do, ut facias; facio, ut des; facio, ut facias. Ex duobus prioribus duplicem competere actionem conſtat, præſcriptis verbis, & condictionem ob cauſam dati, quarum alterutra experiri liceat, prout ei, qui dedit, viſum fuerit. *d. l.* 5. §. 1. *&* §. 2. *ff. eod. l.* 7. §. 2. *ff. de pact.* Præſcriptis verbis agam, ſi velim, ut ille, cui dedi, etiam ex ſua parte contractum impleat,

Digitized by Google

impleat, id eſt, ut & ipſe det vel faciat, quod convenit. Atque hoc caſu ſi non dederit aut fecerit, damnabitur mihi quanti intereſt mea illud, de quo convenit, datum aut factum eſſe, etiamſi de re certa danda convenerit. *d. l.* 5. §. 1. 2. *&* 5. *l.* 4. *&* 2. *ſeqq. C. de rer. permut.* Quod ſi is, cui dedi, ceſſet dare aut facere, & velim meum recipere, hic altera actione experiri mihi licebit, nempe condictione ob cauſam dati, qua repetam quod datum eſt, quaſi ob rem datum re non ſecuta. *d. l.* 5. §. 1. *&* 2. *l.* 7. *ff. de praeſcr. verb.* Hæc autem actio non eſt ex contractu innominato, qui verus eſt contractus, ſed quaſi ex contractu ſeu tacita quadam conventione, & extra id quod expreſſe actum eſt, naſcitur. *l.* 13. *in fin. ff. commod.* Duo enim in utroque hoc articulo, do ut des, do ut facias, aguntur, alterum expreſſe, ut viciſſim des vel facias; quæ conventio efficit contractum innominatum, unde eſt actio præſcriptis verbis in id, quod intereſt: alterum tacite, ut ſi non fiat vel detur, de quo convenit, liceat datum repetere. Atque ex hac quaſi tacita conventione & quaſi contractu oritur condictio hæc ob cauſam dati. Ex duobus autem reliquis articulis, nempe facio ut facias, & facio ut des, utraque ſuperior actio non competit: ſed ut una tantum hic, eaque expreſſa eſt conventio, unuſque contractus innominatus & vetus, ita & una duntaxat ex utroque actio. Tacita conventio hic nulla aut quaſi contractus, ex quo ad repetendum condictio ob cauſam dati, quia nihil datum, ſed factum eſt: facta autem repeti non poſſunt, nec infecta per rerum naturam fieri. Quænam igitur actio duobus iſtis caſibus dabitur? Et quidem ex contractu facio ut facias datur actio præſcriptis verbis. *l.* 5. §. 4. *&* 5. *l.* 9. *l.* 12. *ff. de praeſcr. verb.* condictioni autem ob cauſam dati hic locus eſſe non poteſt, propterea quod, ut dixi, facta repeti nequeunt. Ex contractu autem facio ut des, non

alia,

Digitized by Google

alia, quam de dolo dari videtur. *d. l.* 5. §. *l.* 15. §. *fin. ff. eod. l.* 4. *C. de dol.* in cujus ſpecie eſt contractus facio ut des, quia datio ad factum ordinata pro facta habenda. Neque hic condictio ob cauſam dati competit, propter eandem rationem, quia facta repeti aut infecta fieri non poſſunt. Cur autem ex contractu facio ut des non æque detur actio præſcriptis verbis, ac ex reliquis tribus articulis, do ut des, do ut facias, facio ut facias, ſubtiliſſimæ diſquiſitionis eſt: nec videtur eſſe perpetuum. *d. l.* 15. *l. ſi tibi.* 22. *ff. de præſcr. verb. l.* 6. *C. de tranſact.* Et ſane his locis etiam ex contractu facio ut des actio præſcriptis verbis datur, contra quam diſerte Paulus in *d. l.* 5. §. 3. *ff. de præſcr. verb.* Non enim poſſis cum Donello *tract. de præſcr. verb. c.* 10. *& ſeqq.* Pauli reſponſum accipere de eo caſu, quo is, qui fecit, à contractu recedere cupit; quo caſu cum condictioni locus eſſe non poſſit, cum facta repeti nequeant, in ejus locum ſuccedat actio de dolo: quia in tota illa lege ex profeſſo agitur de actione præſcriptis verbis, non de condictione niſi obiter, quippe quæ nec ex conventione expreſſa aut contractu innominato, naſcitur, ad quod tamen genus contractuum tota illa diſputatio pertinet. Et Paulum intelligere actionem præſcriptis verbis apparet ex §. 2. *in fin. d. l.* 5. ubi cum actionem in factum civilem, id eſt, præſcriptis verbis ex articulo do ut facias conceſſiſſet, mox §. *ſeq.* 3. ſubjicit, ex articulo facio ut des nullam eſſe civilem actionem, & ideo de dolo dari. Quid quod non niſi inepte talis caſus proponatur, quo quis vult à contractu recedere, ubi nullo modo recedi poteſt, nec pœnitentiæ datur locus? Vetus interpres Azo eumque ſecutus Accurſius in *d. l.* 5. §. 3. & nonnulli alii tum veterum tum recentiorum ita diſtinguendum eſſe arbitrantur. Cum aliquod contrahitur ſynallagma, quod evenit, quoties ab uno aliquid in alium tranſit, aiunt, ex contractu innominato naſci civi-

lem

lem actionem præſcriptis verbis, ut in *l.* 7. §. 2. *ff. de pact. l.* 5. §. 1. *&* 2. *ff. de praſcr. verb* idemque eſſe, quoties ex facto unius aliquid ad alium, qui dare debet, pervenit, ut quemadmodum illi ob id factum aliquid abeſt, ita & huic aliquid adſit, ut in *l. ſi poliendа.* 22. *ff. d. tit. l.* 6. *C. de tranſact.* Nunquam enim jure civili alicui actionem dari ejus rei nomine, quæ ipſi abeſt, contra eum, cui plane nihil ex eo adeſt. Itaque cum in contractu do ut des, item do ut facias, contrahatur συνάλλαγμα, ſeu negotium civile, etiam civilem actionem præſcriptis verbis ex utroque naſci. At in contractu facio ut des geri quidem etiam negotium, ut conventio hic non ſit nuda, ſed non ſemper tale factum intervenire, ex quo ad alium aliquid perveniat, quod fundamentum ſit συναλλάγματος & actionis civilis. V. c. Stichum ſervum meum manumiſi, ut mihi Pamphilum dares. Indicavi tibi ſervum tuum fugitivum, ut mihi pro indicio decem dares. Ex priore facto etſi mihi aliquid abeſt, tibi tamen nihil adeſt, nullum commodum pecuniarium inde ad te pervenit. Ex altero nihil mihi abeſt, quamvis tu commodum aliquod occaſione indicii conſequaris. Itaque his caſibus ceſſante actione civili præſcriptis verbis, ſiquidem dolus arguatur, actionem de dolo dari, ſin minus in factum. *d. l.* 5. §. 3. *l.* 15. *in fin. ff. de praeſcr. verb.* Cum autem utrinque de faciendo actum eſt, parem eſſe utriuſque rationem; & quia alias etiam loco facti ſuccedit obligatio in id, quod intereſt, actionem præſcriptis verbis, quæ natura ſua incerta eſt, ſine diſtinctione dari. Antonius autem Faber in *rational. ad d. l.* 5. §. 3. *& ſeq.* putat in hoc articulo admiſſam eſſe actionem præſcriptis verbis dubitationis tollendæ gratia, cum hic videri poſſit competere actio mandati propter ſimilitudinem negotii, quæ dubitatio, in contractu facio ut des, nulla. Cæterum ut ingenue fatear quod ſentio, non

poſſum

poſſum ſuperiori diſtinctioni penitus acquieſcere. Nam & in ſpecie *d. l. 15. ff. de præſcr. verb.* quamvis indicanti ſervum fugitivum nihil abſit, tamen propter intercedentem pactionem ob indicium, ait Ulpianus, geri negotium aliquod, ex quo civilis actio oriatur; id eſt, præſcriptis verbis: & licet mox ſubjungat, niſi ſi quis in hac ſpecie de dolo actionem competere dicat, ubi dolus aliquis arguatur, tamen his verbis non revocat, quod prius dixerat, de actione præſcriptis verbis danda, ſed hoc ſignificat, ſecundum quoſdam, etiam in hac ſpecie actionem de dolo dari, ubi dolus arguitur, relicta actione præſcriptis verbis ubi dolus nullus intervenit. Et hoc congruit ſententiæ Pauli in *d. l. 5. §. 2. in fin. ff. eod.* ubi in tali ſpecie, ſi tibi dedi ſervum, ut ſervum tuum manumitteres, eoque à te manumiſſo, quem dedi, evictus eſt, Paulus ſcribit, ſi ſciens dedi, de dolo in me dandam actionem ex ſententia Juliani; ſi ignorans, in factum civilem: quanquam locus iſte Pauli ſuſpectus merito videtur, propterea quod alibi legimus, Julianum utroque ſuperiore caſu dediſſe actionum extremas quaſi primis deficientibus, in ſcientem quidem de dolo, in ignorantem autem in factum prætoriam, non civilem; atque eo nomine reprehendi à Mauriciano & Ulpiano in *l. 7. §. 2. ff. de pact.* qui putant utroque caſu in factum civilem præſcriptis verbis dandam. Et profecto recte: nam ſi in ignorantem datur actio in factum civilis, hæc eadem danda eſt etiam in ſcientem non de dolo: & ex contrario ſi in ſcientem datur de dolo neceſſario in ignorantem danda eſt in factum prætoria, qui certus eſt & perpetuus horum judiciorum ordo. Porro nec illud video, quid interſit ad actionem præſcriptis verbis dandam, utrum ego tibi dederim Stichum, ut Pamphilum manumitteres, cumque tu eum manumiſiſſes, Stichus evictus ſit; an ego Stichum manumiſerim, ut tu Pamphilum mihi dares, & tu ceſſes

dare,

Digitized by Google

dare. Neque enim aut illo caſu ex tua manumiſſione quicquam commodi pecuniarii in me tranſit, aut hoc ex mea manumiſſione ad te. Sed hæc potius in medio relinquenda: ſunt enim ἐκ τῶν ἀπόρων. nec ſine cauſa exiſtimat Cujacius ad *l.7.§.2. ff. de pact.* verbum illud *civilem* apud Paulum in *d.l.5. §.2. in fin. ff. de præſcr. verb.* eſſe additamentum Triboniani, & argumentum imperitiæ Compoſitorum.

CAP. XLVII.

An etiam ejus, quod errore juris indebitum ſolutum eſt, repetitio detur?

Quæſitum eſt, quomodo accipiendum ſit, quod paſſim ſimpliciter & generaliter definitur, indebitum per errorem ſolutum repeti poſſe, de errore facti tantum, an etiam de errore juris. Duplex enim error eſt, unus facti, alter juris. Facti error eſt, cum aut quod factum eſt, factum eſſe neſcitur; aut quod factum non eſt, factum putatur. Contra qui factum quid eſſe ſcit, aut non eſſe factum, & tamen ignorat, qui hic ſibi jure tribuatur, is in jure errat. *l.1. ff. de jur. & fact. ignor.* ubi hæc res exemplis declaratur. Si quis ſciens ſe non debere ſolvat, ceſſare repetitionem juris eſt explorati. *l.1. §.1. l. ſi non ſortem. 26. §. indebitum. 3. ff. de cond. indeb.* quippe cujus per errorem dati repetitio eſt, ejus conſulto dati donatio eſt. *l. cujus. 53. ff. de reg. jur.* Et ex contrario certi quoque juris eſt repetitioni locum eſſe, ſi quis cum putaret ſe debere in facto errans, quod non debebat, ſolverit. *l.6. l.7. C. de cond. ind. l. error. 7. C. de jur. & fact. ignor.* Illud ſolum quæritur, an etiam ei condictio ſive repetitio detur, qui quod non debebat, ſolvit, ductus errore juris. Negant plerique recentiores *Cujac. 5. obſ. 39. Duar. ad tit. de cond. ind. c. 7. Donell. 1. comm. 21. Bronchorſt. 2. aſſ. 36. Perez in Cod. de cond. ind. 12.* Affirmant

mant interpretes veteres, eoſque ſecuti *Zaſ. ad rubr. de cond. ind. n.* 5. *Sichard. ad rubr. & l. C. eod. VVeſenb. par. eod. n.* 9. *Thulden. C. eod. n.* 4. *Grot. lib.* 3. *introd. ad juriſp. Batav. c.* 30. *Chriſtin. vol.* 3. *deciſ.* 8. *Bachov. diſputat.* 4. *de act. theſ.* 17. Antequam vero ſententiam noſtram aperiamus, quoniam de indebito ſoluto hic quæritur, operæ pretium erit explicare, quid verbo *indebiti* auctores juris intelligant. Et quidem nemo dubitat, quin pro indebito habendum ſit, quod neutro jure, id eſt, neque civili jure neque naturali debetur. Sed quid ſi jure civili quidem debeatur, non autem jure naturali aut è converſo? Si tantum jure civili, id eſt, ſi ex ea obligatione debeatur, cui deeſt vinculum æquitatis, ut ſummo quidem jure eo nomine actio competat, ſed quæ per exceptionem perpetuam excludatur, tale debitum pro indebito habendum eſt, ejuſque per errorem ſoluti, ut vere indebiti datur repetitio. *l. ſi non ſortem.* 26. §. 3. *l. qui exceptionem.* 40. *l. ſi quis.* 43. *l. ex his omnibus.* 54. *ff. de cond. ind.* Nimirum hujuſmodi debitum verbo tantum ita dicitur, re autem debitum non eſt, quoniam naturæ jure non debetur; imo nec vere deberi intelligitur jure civili. *l.* 3. §. 1. *ff. de pecun. conſtit. l. nihil intereſt.* 112. *ff. de reg. jur.* Naturale autem debitum, ut ut jure civili ſeu ſummo jure debitum non ſit, in hac tamen cauſa pro vero debito habetur, ideoque etſi exigi non poteſt, ſolutum tamen quamvis ab eo, qui etiam civiliter ſe obligatum putabat, non repetitur: ſententia innumeris locis tradita. *l. naturales.* 10. *ff. de obl. & act. l. indebiti.* 13. *l. ſi pœnæ.* 19. *l. ſi non ſortem.* 26. §. *libertus.* 12. *l. Iulianus.* 60. *ff. de cond. ind. l.* 3. §. *ult. ff. quod quiſq. jur.* Et vero cum etiam id, quod natura debetur, in compenſationem veniat, ſumma ratione denegatur ejus per errorem ſoluti repetitio. Sed etſi debitori detur exceptio perpetua, cæterum ex cauſa non tollente naturalem obligationem, adhuc

huc dicimus ſolutum per errorem non repeti. Hujus generis eſt exceptio rei judicatæ: ſiquidem ſententia judicis obligationem naturalem conſenſu conſtitutam tollere non poteſt: & ideo quod verus debitor abſolutus ſolvit, repetere eum non poſſe Julianus & Paulus reſponderunt. *d. l. Iulianus.* 60. *ff. de cond. ind.* Huc item plerique referunt exceptionem ſenatuſconſulti Macedoniani. Nam & filiusfam. ſi mutuam pecuniam contra ſenatuſconſultum acceperit, & paterfam. poſtea factus perperam ſolverit, non repetit, quoniam naturalis obligatio manet. *l.* 9. *in fin. & l. ſeq. ff. de ſenatuſc. Maced.* Affertur & alia denegandæ ex hac cauſa condictionis ratio in *l. qui exceptionem.* 40. *ff. de cond. ind.* Sed ea non eſt perpetua, ut apparet ex *d. l. Iulianus. eod.* Atque ego in hac ſpecie omnino diſtinguendum putarem inter errorem juris & facti per *l. ult. ff. de ſenat. Maced.* Igitur & pro debito hic accipiendum, quod natura tantum debetur; & pro indebito, quod debetur tantum jure civili. Enimvero naturale debitum more veterum hic accipimus, quod ex ea obligatione naturali debetur, quæ civilis & ſimul naturalis obligationis effectus omnes habet, dempta una actione. Quod ſi etiam ipſa naturalis obligatio jure civili tota improbetur, qualis eſt mulieris intercedentis. *l. ſi mulier.* 16. §. 1. *ff. ad ſen. Vell.* prodigi promittentis. *l.* 6. *ff. de verb. obl.* aut alias deſtituta ſit juris civilis auxilio, licet admittat acceſſiones, qualis eſt pupilli ſine tutoris auctoritate contracta; talis debiti quamvis naturalis nulla hic habetur ratio, perindeque repetitio ſoluti datur, ac ſi quod ex ea cauſa ſolutum eſt, ne jure quidem naturali deberetur. *l. qui exceptionem.* 40. *& l. ſeq. ff. de cond. ind. l.* 9. *C. ad ſen. Vell. d. l.* 6. *ff. de verb. obl.* Ejuſdem generis eſt & obligatio naturalis, quam inducit voluntas teſtatoris vel minus ſolennis, vel legantis ſupra dodrantem bonorum: quanquam hæc in errore juris effectum naturalis

turalis obligationis habet. *l. 9. C. ad leg. Falcid. l. 7. C. de cond. ind.*

Jam quod ad quæſtionem propoſitam attinet, ſubſcribo ſententiæ veterum interpretum, nempe etiam ejus, quod per errorem juris ſolutum eſt, repetitionem eſſe, ſi nulla ſubſit naturalis obligatio. Movet me primum hæc ratio, quod condictio indebiti ex bono & æquo introducta eſt. *l. pen. ff. de c. ind.* ac proinde non niſi exceptione æquitatis ex adverſo excludi poteſt. Quam vero æquitatem prætendere poterit, quove colore de iniquitate condictionis excipere, cui quid ſolutum eſt, quantumvis per ignorantiam juris, quod ne natura quidem debebatur, ſive quod cauſa debendi ab initio non valuit, ſive quod effectum non habuit, ut accidit in mere civili debito? Nam cum tale debitum nullos veri debiti effectus habeat, non compenſetur. *l. 14. ff. de compenſ.* acceſſiones non admittat. *l. 3. §. 1. ff. de pecun. conſtit. l. 7. ff. de fidejuſſ.* cum prætor eo nomine in re aperta deneget actionem, in dubio non det niſi cum exceptione. *l. nam poſteaquam. 9. ff. de jurejur.* quo tamen & ipſo oſtendit ſe id pro debito non habere; quis credat, ſi id vel per errorem juris ſolutum ſit, repeti non poſſe? Prima enim æquitatis regula eſt, neminem debere cum alterius detrimento fieri locupletiorem. *l. nam hoc. 14. ff. de cond. ind.* Ut ecce, ſi quis dolo malo aliquem induxerit, aut metu illato coëgerit, ut promitteret, non poſſum adduci, ut credam exactum ex his cauſis, licet per errorem juris ſolutum ſit, retineri poſſe, atque improbitatem ſuam cuiquam prodeſſe hoc ſolo prætextu, quod ſolvens in jure erravit, ignorans ſe adjuvari potuiſſe exceptione doli mali aut quod metus cauſa. Et ne videamur ſine auctoritate loqui, textus in eam rem evidens eſt in *l. 7. ff. de cond. ob turp. cauſ.* Ubi Pomponius diſerte ait, ex ſtipulatione, quæ per vim extorta eſt, ſi exacta ſit pecunia, repetitionem eſſe. Porro & extra

extra hujuſmodi caſus Julianus poſt Nervam & Atilicinum reſpondit, pecuniam ſolutam ab eo, qui ſe debere putabat, cum exceptione doli mali ſe tueri potuiſſet, repeti poſſe, ac proinde ſolutam errore juris. *l. qui ſe debere. 7. ff. de cond. cauſ. dat.* Similes loci ſunt in *l. cum is. 32. §. 1. l. ſi quis. 43. l. ſi fidejuſſor. 59. ff. de cond. indeb. l. 5. C. eod.* His enim locis agi de errore juris patet ex eo, quod agitur de facto proprio, eoque quod nemo ignorare poteſt, niſi ſumme negligens, quæ ignorantia pro ignorantia juris habetur. *l. 9. §. 2. ff. de jur. & fact. ign.* nemo enim poteſt proprii facti ignorantiam prætendere. *l. 7. ff. ad ſenat. Vell. add. l. mandatum. 57. ff. mand. l. 1. pr. ff. ut in poſſ. leg.* Præterea etiam hoc me movet, quod in toto titulo *π. de cond. indeb.* alias ſatis prolixo, nuſquam aut errori facti tantum repetitio tribuitur, aut errori juris denegatur, ſed perpetuo tribuitur errori ſimpliciter, ſive quod ſolutum eſt omnino non debeatur, ſive propter exceptionem perpetuam exigi non poſſit: ut vel hinc intelligere liceat, errorem quidem, qualiſcunque ſit, non obſtare repetitioni, ſed obſtare ſolventis ſcientiam, & quidem ſolam: quod luculenter probant tum *l. 1. §. 1. & l. ſi non ſortem. 26. §. 1. ff. eod.* tum ratio, ob quam placet eum qui ſciens indebitum ſolvit, non repetere, nimirum quia donaſſe intelligitur. *l. 53. ff. de reg. jur. l. 7. C. de cond. ob cauſ. dat.* quod ſane de eo, qui ſe obligatum & neceſſitate ſolvendi adſtrictum putavit, dici non poteſt: nec aliam ob cauſam in ſpecie *l. 1. pr. ff. ut in poſſ. leg.* condictio ſatiſdationis conceditur jus ignoranti, ſcienti denegatur. Poſtremo vel maxime me illud movet, quod à Papiniano reſponſum eſt in *l. 8. ff. de jur. & fact. ign.* nemini in damnis amittendæ rei ſuæ ignorantiam juris nocere. Ex eo enim perſpicue evincere mihi videor, etiam id quod per errorem juris indebitum ſolutum eſt, condici poſſe: nam ſi hoc negamus, illud

lud fateamur neceſſe eſt, errorem juris etiam in amittenda re ſua cuique nocere, contra ſententiam Papiniani. Neque video quid ad hoc reſponderi poſſit ſine cavillatione. Nam certe illa Neotericorum reſponſio captioſa eſt, quod condicens non laborat de re amittenda, ſed de re amiſſa: ſi enim per errorem juris ſolvens ita rem ſuam amittit, ut nullam habeat repetitionem, utique juris error in damno amittendæ rei ſuæ ei nocet. Neque vero hic de tempore condictionis inſtituendæ quæritur, ſed factæ ſolutionis, negatque Papinianus errantem in jure rem ſuam amittere, videlicet ſic, ut eam nunquam poſſit recuperare. Et tantum non ridiculum eſt, quod aiunt errorem juris ſolventi profuturum ad lucrum, ſi rem recuperaret, eo quod translato per ſolutionem rei dominio, jam de novo eam acquirere videatur. Quaſi vero damno non afficiatur, qui dominium rei ſuæ in perpetuum amittit; aut lucrum ſentiat, cui damnum reſarcitur. Lucrum non intelligitur, niſi quod deducto damno ſupereſt: nihil autem amplius hac condictione recuperatur, quam quod damnum abſtulit. Et omnino quod idem Papinianus in *l. 7. ff. de jur. & fact. ign.* definit, ignorantiam juris ſuum petentibus non nocere, id ad omnes pertinet, qui de damno vitando laborant. Nec obſtat huic definitioni *l. ſi fidejuſſor.* 29. §. 1. *ff. mand.* nam illic proponitur ſpecies, ubi duo de damno vitando laborant; debitor, qui exceptione perpetua ſe tueri poterat, & fidejuſſor, qui cum factum non ignoraret, jure errans ſolvit: negaturque hoc caſu competere fidejuſſori actionem mandati: de condictione autem nullum ibi verbum. Ex iiſdem locis aperti erroris convincuntur, qui eandem ſcientiæ & ignorantiæ juris rationem eſſe volunt. Quid enim ſi accipiens quoque in jure erret, dicentne hunc furem eſſe? aut ſi ſciat eſſe indebitum & creditorem ſe ſimulet, negabunt eſſe furem, propterea quod ſolvens eo quod in

in-jure errat, pro ſciente & donante habeatur? *vid. l. quoniam.* 18. *ff. de c. furt. l. falſus.* 43. *pr. ff. de furt.* Quid ergo eſt? Acquirere volentibus juris error non prodeſt. *d. l.* 7. *ff. de jur. & fact. ign.* exempla in *l.* 4. *ff. eod. l.* 10. *ff. de bon. poſſ. l. nunquam.* 31. *ff. de uſuc. l.* 11. *C. de jur. & fact. ign.* ſuum vero petentibus & in damnis amittendæ rei ſuæ non nocet. *d. l.* 7. *& d. l.* 8. Et quod dicitur, juris ignorantiam nocere, *l.* 9. *ff. eod.* ſic accipiendum eſt non prodeſſe, lucro non afficere: cæterum nec damno. Enimvero meminiſſe oportet ejus, quod initio dixi, ita errorem juris non impedire, quominus ſolutum repeti poſſit, ſi nulla ſubſit naturalis obligatio. Quod ſi is, qui ſolvit, natura qualis qualis debitor eſt, quæ res ſimul juſtam retinendi cauſam accipienti tribuat, hoc ſane caſu diſtinguendum erit inter errorem juris & facti, ut in facti errore concedatur, in errore juris denegetur repetitio. Ut ecce, cum eſſem filiusfa. mutuam pecuniam contra ſenatuſconſultum accepi, & paterfa. factus ſolvi, ſi per ignorantiam juris, non repetam; ſi per errorem facti, contra. *arg. l. qui exceptionem.* 40. *de cond. ind. l.* 9. *in fin. cum l. ſeq. junct. l. ult. ff. de ſenat. Maced.* Solvi fideicommiſſum ſecundum voluntatem teſtatoris, ſed minus ſolennem, quia forte quinque teſtes non adfuerant, qui numerus in fideicommiſſis legitimus eſt. §. *ult. Inſt. de fideic. hered.* Solvi integra legata non retenta quarta ex lege Falcidia, ſi errore facti, repetitionem habeo; ſi errore juris, non item. *l.* 2. *C. ſi adv. ſolut. l.* 7. *C. de cond. ind. l.* 9. *C. ad leg Falcid.* Non equidem ideo, quod hic ſolus error juris mihi noceat, ſed quod ſimul intercedens naturalis obligatio, quam inducit voluntas teſtatoris. *arg. l.* 2. *C. de fideicom. l. in teſtamento.* 38. *de fideic. libert. l.* 5. §. *ſi quis* 15. *ff. de don. int. vir. & ux.* juſtam facit retentionem. Et hoc puto ſignificare Grotium, *lib.* 3. *introd. ad juriſp. Bat. c.* 30. his verbis, *Ten waer eenige rechtmatige*

Digitized by Google

matige reden tot de betalinge badde ghedient. Atque ad hujuſmodi aut ſimiles caſus accommodandi ſunt & alii loci Codicis, in quibus forte aut errori juris denegatur repetitio, aut errori facti tantum tribuitur, ut in *l.* 10. *C. de jur. & fact. ign. l.* 6. *C. de cond. indeb.* Nam profecto ob hoc ſolum quod ego in jure erravi, tu juſtam retinendi, quod tibi nullo jure debetur, cauſam habere non potes: & hic melius eſt favere repetitioni, quam adventitio lucro. *arg. l. non debet.* 41. §. 1. *ff. de reg. jur.*

CAP. XLVIII.

An mulier ex quavis cauſa etiam extra judicium efficaciter renuntiet ſenatuſconſulto Velleiano?

Foeminæ non minus quam maſculi ex contractibus ſuis obligantur. Excepta eſt interceſſio ſenatuſconſulti Velleiani providentia. Id autem ideo ſenatus providit, ne fœminæ virilibus officiis (cujus generis eſt & interceſſio. *l.* [illegible] *ff. de reg. jur.*) fungerentur. Et hoc officium eo magis eis adimendum fuit, quia in eo non ſola opera nudumque miniſterium verſatur, ſed etiam periculum rei familiaris. *l.* 1. *pr. &* §. 1. *ff. ad ſenat. Velleian.* Et proinde proſpexit ſenatus, ne remoto præſentis periculi metu alienam obligationem facilitate ſua ſuſcipiendo (ut eſt ſexus avarus quidem, ſed incautus, non proſpiciens damnum quod ante oculos poſitum non eſt) obſtringerentur. *l.* 2. §. 2. *ff. eod.* Subvenit autem ita mulieri, ut ſi de interceſſione conſtet, nulla actio petitiove adverſus eam detur: aut ſi hoc non ſatis liqueat, detur mulieri exceptio, qua probata non teneatur. *arg. l.* 9. *pr. ff. de jurejur.* totam denique obligationem ſenatus improbavit. *l.* 16. §. 1. *ff. ad ſenat. Vell.* Sunt autem nonnulli caſus, quibus ceſſat ſenatuſconſulti auxilium. 1. ſi mulier ſe obliga-

Digitized by Google

vit pro manumiſſione. *l. pen. C. eod.* 2. ſi pro dote. *l. 12. ult. C. eod.* 3. ſi in rem ſuam, puta pro ſuo procuratore fidejuſſit. *l. 3. l. aliquando. 13. l. ſi pro. 21. & l. ſeq. ff. eod.* 4. ſi apud minorem interceſſit pro debitore inope. *l. 12. ff. de minorib.* 5. ſi dolo eum deceperit, cui ſe obligavit. *l. 2. §. 3. l. ſi decipiendi. 30. ff. ad ſenat. Vell. l. 5. C. eod.* 6. ſi pretium interceſſionis acceperit. *l. antiquæ. 23. C. eod.* 7. ſi debitori principali ſucceſſerit, pro quo ſe obligaverat. *l. 8. §. planè. 13. ff. eod.* 8. ſi interceſſionem ante biennium factam poſt biennium confirmaverit, atque ſe obligaverit iterato. *l. ſi mulier. 22. C. eod.* ſed pro extraneo nempe, non pro marito: nam ſi pro marito interceſſerit, etſi ſæpius interceſſionem repetiit, tamen interceſſio inutilis eſt. *auth. ſi qua mulier. C. eod.* 9. ſi beneficio ſenatuſconſulti renuntiaverit, quod citra controverſiam receptum eſt in duabus cauſis; in tutela liberorum à matre aut avia ſuſcepta. *auth. matri & aviæ. C. quand. mul. tut.* item ſi pro eo, pro quo mulier interceſſit, parata ſit judicium accipere, ejus liberandi cauſa. *l. ult. §. pen. ff. ad ſenat. Vell.* quorum alterum rei neceſſitas expreſſit, recepta ſcilicet matris & aviæ tutela; alterum juris, quippe quod admiſſa ſolutione omnino conſequens fuit. *l. ſolutione. 23. ff. de ſolut.* Illud autem quæritur, an mulier etiam ex quavis alia cauſa extra prædictas efficaciter renuntiet ſenatuſconſulto, non quidem in foro, ubi ſententiæ numerari ſolent, ſed in Academiis, ubi veritas exquiritur. In foro recepta dicitur hæc ſententia, tanquam communis, mulierem ex quavis cauſa etiam extra judicium renuntiantem ſenatuſconſulto ex interceſſione ſua obligari, utique ſi de jure ſibi competenti, & vi ſenatuſconſulti probe edocta ſit: quanquam nec ubique hoc receptum videtur, & dubium eſt, an hæc ſit communis opinio, ut patet ex iis, quæ traduntur à Gomeſio *lib. 2. var. reſol. c. 13. n. 17. Chriſtin. vol. 3.*

deciſ.

deciſ. 36. & aliis. Sed ut ut hæc ſit communis & recepta uſu forenſi ſententia, ego tamen cum *Alberico, Bart. Bald. Caſtr. Salic. Alciat. Gomeſ. ubi ſup. & aliis ibid. & apud Soar. in addit.* citatis, veriorem eſſe judico ſententiam contrariam, nimirum mulierem extra cauſas memoratas, quarum propria, ut diximus, ratio eſt, reuntiantem ſenatuſconſulto ex interceſſione non magis obligari, quam ſi interceſſerit ſine renuntiatione. Hoc enim omnino conſequens eſt ampliſſimi ordinis providentiæ totam interceſſionem improbantis, idque etiam publicæ honeſtatis cauſa, quod intercedere civile & virile officium videatur. *l.* 1. *l.* 2. §. 1. *l.* 16. §. 1. *ff. ad ſenat. Vell. l.* 2. *ff. de reg. jur.* Et alioqui admiſſa contraria opinione, levi momento prudens ſenatus conſilium eludi atque inutile reddi poterit: quippe cum eadem fragilitate & levitate, qua mulier intercedit, etiam renuntiatura ſit: nempe ubi nullum præſens damnum eſt, tam facile ſe induci patietur, ut renuntiet, quam ut intercedat. Quid quod ipſa renuntiatio vel maxime interceſſio eſt, utpote quæ interceſſionis confirmandæ gratia interponitur? Nihil in contrarium facit, quod mulierem de jure ſuo certiorari volunt: quoniam certioratio neque augere, neque minuere obligationem poteſt; neque ſufficit ea res ad imbecillum, & captionibus ſuppoſitum ſexum deterrendum ab interceſſione, ubi nullum præſens periculum metuitur. Cumque finis certiorationis ſit cognitio auxilii, nihilominus tamen mulieres ut maxime juris ſui conſciæ ſint, ſenatuſconſulto juvari conſtat: & ſemper hic militat ratio ducta à cauſa tum impellente tum finali, ne mulieres ex aliena obligatione damnum ſentiant. Accedit huc, quod mulier etiam iterato intercedens juvetur: nam & in ſecunda promiſſione interceſſio eſt, ut inquit Juriſconſultus in *l. doli.* 19. *verſ. diverſum. ff. de novat.* Atqui renuntiatio non videtur eſſe efficacior in-

Digitized by Google

terceſſione repetita. Quod vero conſtitutum eſt à Juſtiniano in *l. ſi mulier.* 22. *C. ad ſenat. Vell.* ut iterata ſeu repetita poſt biennium interceſſio ſenatuſconſulti auxilium excludat, id ſpecialem rationem habet, quæ etiam illic adjicitur, nimirum quod mulier tunc non tam pro aliena obligatione, quam pro ſua intercedere videatur, & proprium negotium gerere. Utique ſecus eſt, ſi ante biennium cautionem repetierit. Eſt & aliud hujus ſententiæ argumentum in *l. antiquæ.* 23. §. 1. *C. ad ſenat. Vell.* ubi eo caſu mulieri datur exceptio ſenatuſconſulti, cum inſtrumento publice confecto & tribus teſtibus ſubſignato interceſſio facta eſt, & ita ut hoc ſolo caſu ipſo jure teneatur, eique exceptio ſit neceſſaria, alias ſenatuſconſulti auxilium non deſideret. Quod ſi igitur mulieri non obſtat interceſſio tam ſolennis, quominus locus ſit ſenatuſconſulto, multo magis locum habebit in ſimplici renuntiatione. Utique enim non verbis, ſed rebus leges poſitæ ſunt: & quæ tam ſolenniter intercedit, ſerium profecto animum ſe obligandi habere oſtendit; taciteque hoc ipſo videtur ſenatus auxilio renuntiare, cum alias dolus præſumi poſſit. Et bona igitur hæc connexio eſt: Si mulieri etiam tunc ſuccurritur, cum inſtrumento publico trium teſtium ſubſignatione firmato interceſſit: multo magis ei ſuccurrendum eſt, cum tantum ſimpliciter exceptioni ſenatuſconſulti renuntiavit. Non obſtat regula tradita in *l. pen. C. de pact.* quod unuſquiſque licentiam habet juri pro ſe introducto renuntiare. Illa enim regula officium ſuum perdit, quando vel ætas, vel fragilitas perſonæ, aut alia conſideratio privilegio locum facit. *arg. l. alia.* 14. §. 1. *ff. ſolut. matrim.* ut recte *Alciat. in l. pen. C. de pact.* Senatus autem cum improbat interceſſionem & inde natam obligationem, opem quidem fert mulieribus, ſed tum propter ſexus imbecillitatem multis captionibus obnoxii, tum etiam intuitu publicæ honeſta-

tis,

tis, eo quod intercedere ſit virile & civile officium. *l.* 1. *& l.* 2. *ff. ad ſenat. Vell. l.* 2. *ff. de reg. jur.* Et alias, ut dixi, prudens ſenatus conſilium nullo negotio eludi poſſet. Fundatur maxime contraria opinio in *l. ult.* §. *pen. ff. ad ſenat. Vell.* ubi Juriſconſultus ait, ſi mulier pro eo, pro quo interceſſit, parata ſit judicium accipere, ut non in veterem debitorem actio detur, eam cavere debere, ſe ſenatuſconſulti exceptione non uſuram. Sed inquam neceſſitas juris in hoc caſu renuntiationem admiſit vel potius extorſit. Etenim hoc admiſſo, quod mulier pro debitore recte ſolvit. *l.* 4. *ff. l.* 4. *C. eod.* conſequens omnino eſt, ut ei liceat & judicium pro debitore accipere liberandi ejus cauſa, quoniam & hoc pro ſolutione eſt, & unicuique licet etiam debitore invito. *l. ſolutione.* 23. *ff. de ſolut.* Nimirum ſi vellet ſolvere mulier, audiretur: nunc idem facere vult, ſed prius poſtulat de debito ſibi liquere per judicem, & aperte æquum poſtulat, dummodo de ſolutione futura certus reddatur actor: & ideo ne ille decipiatur, non alia conditione mulierem judicium pro alio ſuſcipientem audiri recte placuit, quam ſi caveat ſe, ſi condemnetur, auxilio ſenatuſconſulti non uſuram, idque in jure apud prætorem ſive magiſtratum, cujus auctoritas eludi non debet. Indicant hoc non obſcure extrema *d. l. ult.* §. *pen.* verba, *& ſic ad judicem ire.* 1. poſt renuntiationem in jure apud prætorem factam ire ad eum judicem quem prætor dediſſet, ex uſitato & ordinario more judiciorum. Fallitur veteris ordinis judiciarii ignorantia Andreas Fachinæus *lib.* 2. *cont.* 59. dum hunc locum etiam de cautione extra judicium ſive non in jure facta accipi poſſe putat. Neque enim protinus ad judicem ibatur: ſed prætor prius adeundus erat judicii conſtituendi gratia; quo demum conſtituto, & facta litigandi poteſtate, ibatur ad judicem, quem prætor dederat judicii inſtituendi & contendendi cauſa, qua de re

Digitized by Google

conſulendi antiquitatis indagatores, Briſſonius, Hotomannus, Sigonius, &c.

CAP. XLIX.

An etiam id, quod natura debetur, in compenſationem veniat.

COmpenſatio eſt debiti & crediti inter ſe contributio. *l. 1. ff. de compenſat.* verbi cauſa, tu mihi debes centum ex cauſa mutui; ego viciſſim tibi debeo tantumdem ex cauſa emptionis: agis mecum & petis centum iſta, quæ tibi debeo ex cauſa emptionis: ego peto, ut compenſatio fiat ejus pecuniæ, quam ego tibi debeo, cum ea pecunia, quam tu mihi debes ex cauſa mutui. Hæc contributio dicitur compenſatio. Ut autem compenſationi ſit locus, exigitur, ut quantitas ſeu pecunia utrinque debeatur. Omnino enim probamus ſententiam vulgo receptam, neque ſpeciem reo debitam cum pecunia ab eo petita, nec pecuniam illi debitam cum ſpecie ab eo petita compenſari poſſe, multoque minus ſpeciem cum ſpecie. Idque vel etymologia verbi ſatis confirmat, quo nihil aliud, quam debitæ invicem pecuniæ contributio ſignificatur: niſi forte quis abuſive loquatur, eoque verbo intelligat retentionem; quod feciſſe videtur Juriſconſultus in *l. in rebus. 18. §. ult. ff. commod. & l. 7. §. ob donationes. 5. ff. ſolut. matrim.* Utique non poteſt dici æqua præſtatio ac tantundem reddi, niſi cum res quantitate conſtantes eadem quantitate redduntur vel mutuo imputantur. Quod ſi in aliis rebus, quam quæ functionem in genere ſuo recipiunt, compenſatio admittatur, aliud cum alio compenſari poterit: quod non magis licere debet, quam aliud pro alio invito creditore ſolvere. *arg. l. 4. C. de compenſ. junct. l. 2. §. 1. ff. de reb. cred.* Non inquam magis, quam ut quis cogatur rem ſuam vendere, aut alienam emere, aut ſuam cum

aliena

aliena permutare: & faciunt huc textus in *l. ſi convenerit. 18. pr. de pign. act. l. 4. l. ſi debeat. 22. ff. de compenſ. l. 4. C. eod. Paul. 2. ſent. 5. Mercer. 1. opin. 14. Zanger. de except. p. 3. c. 8. n. 108.* latè *Schifordig. lib. 1. ad Ant. Fabr. tract. 2. quaſt. 2. & ſeqq. Donell. ad §. 30. Inſt. de act. n. 12. & lib. 16. comm. c. 15. Tulden in C. de compenſ. n. 3.* Itaque quod dicitur in omnibus actionibus compenſationem opponi poſſe, ſic intelligendum eſt, ſi res debita non impediat, & ponendi termini habiles, ſcilicet cum utrinque pecunia debetur; alias enim opus eſt mutua petitione ſeu reconventione, ut nunc loquuntur. *l. 14. & auth. & conſequenter. C. de ſent. & interlocut.* Cæterum hæc miſſa facio, & ad quæſtionem propoſitam accedo. Cum compenſatio ſit debiti & crediti mutua contributio, quæſitum eſt, an cujuſvis debiti nomine compenſatione uti liceat, & nominatim an debitor conventus à creditore ſuo, qui viciſſim ei obligatus eſt, ſed naturaliter tantum, naturale hoc debitum cum alio naturali & civili ſimul compenſare poſſit. Quin debitum, quod cum effectu peti poteſt, compenſari cum alio queat, nulla dubitatio eſt: ſicut ex converſo, quod ſummo jure debitum per exceptionem perpetuam poteſt removeri, puta pacti conventi, rei judicatæ, jurisjurandi, &c. ad compenſationem non pertinere in confeſſo eſt. *l. quæcunque. 14. ff. de compenſ.* utpote cujus etiam per errorem ſoluti repetitio datur. *l. ſi non ſortem. 26. §. 3. l. qui exceptionem. 40. ff. de cond. indeb. cum ſimil.* Tantum quæritur de debito naturali, an id etiam in compenſationem deduci poſſit. Et puto poſſe: nam cum hujus debiti, licet per errorem ſoluti, non ſit repetitio, conſequens eſt poſſe hoc ipſum & cum alio quovis debito compenſari. Ratio eſt, quia compenſatio non alia de cauſa debitorem liberat, quam quod & ipſa numerationem quandam brevi manu continet, & pro

Digitized by Google

ſolutione ipſo jure habetur. *l. 4. C. de compenſ. l. 10. ff. eod. l. 4. ff. qui pot. in pign.* Et ſecundum hoc diſerte ab Ulpiano reſponſum eſt, etiam id quod naturaliter debetur, in compenſationem venire. *l. 6. ff. de compenſ.* Nimirum compenſatio ſpecies quædam eſt defenſionis & quodammodo exceptionis, paritque retentionem, qui unus eſt ex effectibus naturalis obligationis. *l. 4. l. ob negotium. ff. eod.* Et toto errant judicio, qui compenſationem referunt ad merum jus civile, cum ea potius mera nitatur æquitate: unde æquitas compenſationis. *l. in rem. 18. ff. l. 5. l. 6. C. eod. l. inter. 36. ff. de admin. tut.* Non deſunt tamen, qui ſimpliciter negant naturale debitum compenſari poſſe cum eo quod naturaliter & civiliter ſimul debetur. Sed utuntur illi exemplis à ſtatu controverſiæ alienis, & inſcite admodum argumentantur. Etenim naturale debitum hic intelligi oportet non quodvis quod natura debetur, non quod in totum aut quoad effectus principales deſtituitur juris civilis auxilio, quale eſt mulieris intercedentis, prodigi promittentis, filiifa. mutuam pecuniam accipientis, pupilli ſine auctoritate tutoris contrahentis, quod oritur ex voluntate teſtatoris minus ſolenni, & cujuſmodi obligationum naturalium exempla illi proferunt (dubites, an bona fide, quia nemini unquam in mentem venit ex obligatione naturali ſic deſtituta jure civili, ut etiam quod ex ea per errorem ſolutum eſt, poſſit repeti, admittere compenſationem) ſed tale, quod ex conventione deſcendens eoſdem effectus etiam jure civili habet, quos habet naturale & civile debitum ſimul, una actione excepta; & adeo cujus nec per errorem ſoluti repetitio eſt: quale ſcilicet debitum ſeu naturalem obligationem auctores juris paſſim intelligunt, cum aiunt aut negant aliquem naturaliter obligari. *l. naturaliter. 13. l. ſi pœna. 19. l. frater à fratre. 38. l. quod pupillus. 41. l. ſi quod. 64. ff. de cond. indeb. l.*

natura-

Digitized by Google

naturales. 10. *l. pupillus.* 59. *ff. de oblig. & act. l.* 5. §. 2. *ff. de ſolut. & ſimilib.* Finge igitur uſuras fœnoris pecuniæ pacto promiſſas, hæ etſi exigi non poſſunt, ſolutæ tamen non repetuntur, quoniam naturaliter ex conventione debentur. *l.* 3. *C. de uſur.* ac proinde etiam cum alio debito compenſari poterunt. Finge patrem pecuniam credidiſſe filio, quem in poteſtate habebat, vel fratrem fratri συνυπεξουσίῳ, hic neque filius patri, neque frater fratri civiliter obligatur, ſed naturaliter duntaxat. *l. frater à fratre.* 38. *ff. de cond. indeb.* ſi tamen is filius poſtea emancipatus cum patre aut fratre contrahendo eos civiliter obligaverit, & debitum petat, recte pater aut frater compenſabunt pecuniam à ſe creditam propter obligationem naturalem. *d. l.* 6. *ff. de compenſ.* Similia exempla peti poſſunt ex *l.* 6. §. *ſicut autem.* 4. *ff. de pecul. leg. l. naturaliter.* 13. *ff. de cond. indeb. l. ſervus.* 14. *ff. de oblig. & act.* Nihil plane pro contraria ſententia facit, quod Javolenus reſpondet in compenſationem non venire, quæ per exceptionem perimi poſſunt. *l. quæcunque.* 14. *ff. de compenſ.* Nam quæ (malum) hæc argumentatio eſt: Quod per exceptionem perimi poteſt, in compenſationem non venit, ergo nec quod natura debetur? Si hoc procedit, etiam illud procedet: Quod per exceptionem perimi poteſt, ejus per errorem ſoluti eſt repetitio. *l. qui exceptionem.* 40. *l. ex his.* 54. *ff. de cond. indeb.* ergo & debiti naturalis. Quis unquam fando audivit procedere argumentum à vero indebito, eoque quod vi ipſa nullo jure debetur. *l.* 3. §. 1. *ff. de conſt. pec. l. nihil.* 112. *ff. de reg. jur.* ad debitum verum & naturale, ad quod ſolvendum jure gentium adſtringimur. *l. cum amplius.* 84. §. 1. *ff. de reg. jur.* licet jure civili exigi nequeat? denique à remotione iniqui ad remotionem æqui? Sic dicam, debitum civile tantum non poteſt conſtitui. *d. l.* 3. §. 1. *de conſt. pec.* ergo nec debitum naturale, contra

textum expreſſum in *l.* 1. §. *debitum*. 7. *eod. tit.* Denique quid tam ridiculum, dicam an ſtultum, quam ſic argumentari? Si id quod natura non debetur, non poteſt compenſari, ergo nec id compenſari poteſt, quod natura debetur. Hæc tamen eorum collectio eſt. Præterea naturale debitum vi exceptionis non perimitur, ſed ob defectum actionis non petitur: longeque aliud eſt debitum quod peti non poteſt, non tam jure deficiente, quam actione: aliud quod peti quidem ſummo jure poteſt, ſed non cum effectu propter exceptionem. Illud enim vere debetur, & ſine exceptione, quamvis exigi jure civili non poſſit: hoc autem vi ipſa pro non debito eſt. *l. Marcellus.* 66. *l. nihil.* 112. *ff. de reg. jur.* Quod vero aiunt, naturale debitum per exceptionem utique late dictam, quæ facti & intentionis interpretibus vocetur, perimi, oppido quam indoctum eſt. Nam allegationes illæ reorum, quæ vulgo exceptiones facti dicuntur, nihil aliud ſunt, quam inficiationes conjunctæ cum novi facti affirmatione, veluti ſi quis judicio conventus ex ea cauſa, ex qua actio jure competit, neget ſe debere, propterea quod actio illa ipſo jure ſublata ſit, puta ſolutione, acceptilatione, rei interitu: cujuſmodi affirmatio cum in judicium deducatur, ac proinde à debitore probanda ſit. *l.* 1. *C. de probat.* prope abeſt à natura exceptionis. Nemini autem interpretum vel per ſomnium unquam in mentem venit, ut putaverit idem locum habere etiam in debito naturali, in quo qui ſe fundat, nec habet actionem, nec unquam habuit, & quo caſu debitor de facto conventus, nihil ſit affirmaturus, nihil in judicium deducturus, nec probaturus, ſed ad defenſionem ſuam ſimplici uſurus inficiatione, id eſt, negaturus ullam actori proditam actionem de eo quod petitur. Quid quod ridicule juberet prætor de eo apud judicem queri, quod ſibi exploratum & apud partes confeſſum eſt? Verus debitor, inquiunt,

quunt, etiamſi ſententia judicis abſolutus ſit, naturaliter tamen obligatus manet, & ideo ſi neglecta rei judicatæ exceptione ſolverit, non repetit: utrumque verum eſt. *l. Iulianus*. 60. *ff. de cond. indeb.* adduunt, nec cum eo, quod ex alia cauſa naturaliter & civiliter debet, compenſat: quod quid ſit, non capio. Quid enim hoc monſtri eſt, debitor quod naturaliter tantum debet, non compenſat cum eo, quod ex alia cauſa naturaliter & civiliter debet? An debitor ipſe ſecum penſat? aut an is qui naturaliter debet, penſat cum alio? Nemo ſanus hoc dixerit: ſed is, cui naturaliter debetur, judicio conventus poteſt hoc debitum penſare cum eo quod ipſe civiliter petitori debet: & ſic naturalis debitor patitur compenſationem, perindeque habetur, ac ſi ſolviſſet. Nihil præſidii habent in *l. 2. C. de compenſ.* illic enim non agitur de debitore abſoluto, ut imperitè illi, ſed de condemnato, qui & judicatum fecerat; negaturque hunc ab eodem creditore ex alia cauſa conventum compenſare poſſe, quod ante ex cauſa judicati ſolvit. Ratio eſt, quia qui ex hac cauſa ſolvit, non indebitum, ſed debitum ſolvit, cujus ſoluti nulla repetitio eſt, ut ibidem ſignificatur. Et hactenus verum eſt quod aiunt, quod ſolutum non repetitur, id in compenſationem deduci non poſſe: nullum enim verum debitum, quod ſemel ſolutum eſt, aut repetitur, aut in compenſationem deducitur. Qui ex cauſa judicati quod debet, ſolvit, is nec repetere ſolutum, nec ex alia cauſa à creditore conventus compenſatione uti poteſt: cæterum ſi ante ſolutionem judicati conveniatur compenſationem pecuniæ ſibi ex alia cauſa debitæ implorare non prohibetur. *d. l. 2. C. de compenſ.* Quod ſi hæc eorum ſententia eſt, cujus debiti ſoluti ceſſat repetitio, ejus nondum ſoluti neceſſe compenſationem, jam nullum verum debitum compenſari cum alio poterit, quia nullius veri debiti ſoluti repetitio eſt. Ejuſdem commatis eſt

& hæc eorundem argumentatio: Ex naturali obligatione nulla naſcitur actio: atqui compenſatione utitur, agere videtur & mutuo petere. *l. amplius.* 15. *rat. rem hab. l.* 6. *de compenſ.* ergo debitum naturale cum alio debito compenſari non poteſt. Perinde enim hoc eſt ac ſi hoc modo colligerem: Qui non poteſt agere, non poteſt excipere, quia qui exceptione utitur, agere videtur. *l.* 1. *ff. de except.* aut ita ex *d. l. amplius.* Ex naturali obligatione nulla naſcitur actio, ergo nec ſolutum ex naturali obligatione accipi & retineri poteſt, quia qui ſolutum, licet ſine judicio, accipit, petere videtur. Item, qui non poteſt agere, non poteſt deducere, quia qui deductione utitur, petere videtur. *d. l. amplius.* Quis hæc aut ſimilia non explodat? Quærit Juriſconſultus in *d. l. amplius.* quando ſtipulatio hæc, *amplius non peti*, commiſſa intelligatur: & ait eam committi non tantum cum res judicio petita eſt, ſed etiam cum ſine judicio, forte ab ignorante, pecunia ſoluta eſt: ubi tamen revera nulla petitio intervenit: nempe quia qui promiſit amplius non peti, vi ipſa contra ſtipulationem facit pecuniam accipiendo: eandemque rationem eſſe ait ejus qui compenſatione aut deductione utitur, quia & is petere videtur, quanquam retinendo aut excipiendo: idque probat exemplo heredis damnati non petere. Minime vero novum eſt, ut ei qui ultro agere aut petere non poteſt, actione ab alio inſtituta ex æquitate officio judicis ſuccurratur, & tantum conſequatur per exceptionem, aliamve defenſionem aut retentionem, quantum conſequeretur inſtitutâ, ſi quam haberet, actione. *l. plane.* 38. *ff. de hered. petit. l. ſumptus.* 48. *ff. de rei vind. l. ex quibus.* 51. *ff. de cond. ind. l. Paulus.* 14. *ff. de dol. mal. exc. l. heres.* 21. *ff. ad ſenat. Trebell. l.* 4. *C. de uſur.* In compenſatione autem eſt defenſio & retentio. *l.* 4. *l. ob negotium.* 20. *ff. de compenſ.* Nec melior hiſce argumentis eſt eorum reponſio

ad

ad locum Ulpiani in *l. 6. ff. eod.* ubi aperte & rotunde Juriſconſultus pronuntiat etiam quod natura debetur, in compenſationem venire. Aiunt enim locum iſtum reſtringendum eſſe ad caſum ſpecialem, quo naturale debitum etiam ultro peti, & invito extorqueri poteſt, quale ſit pupilli, locupletioris facti ex contractu ſine tutoris auctoritate inito. *arg. l. 5. pr. de auct. tut.* Quaſi vero Ulpianus ſic generaliter definiens de hoc uno tantum caſu ſomniaſſet; aut ex quo Divus Pius etiam actionem in pupillum dedit, in quantum locupletior factus eſt, non ſimul civilis eſſe cœperit hæc pupilli obligatio. *arg. pr. & §. 1. Inſt de oblig. §. 3. Inſt. de act. l. 6. ff. de pact.* aut ante Divum Pium locupletior factus naturaliter obligatus non fuerit, aut non ita, ut pati debuerit compenſationem: cum tamen propter ſummam hujus naturalis obligationis æquitatem ſolutum condicere non potuerit. *l. naturaliter. 13. §. 1. cum l. ſeq. ff. de cond. indeb.* cui omnino conſequens ut & compenſationem admittere debuerit, per ea quæ allegata ſuperius. Unum adhuc removendum ſupereſt, quod fere prætermieram, nempe quod ex eo quod compenſatio definitur debiti & crediti contributio, inferunt æquale utrimque debitum & creditum intelligi oportere. Hoc, inquam, non plus ponderis, quam cætera, habet. Nam æquale debitum haberi debet, quod æquali jure cum debito naturali & civili ſimul, in cauſa de qua agitur cenſetur, ut hic in cauſa compenſationis. Sic in cauſis conſtitutæ pecuniæ, condictionis indebiti, fidejuſſionis, &c. nihil intereſt naturale ſit debitum tantum, an & civile. *l. 1. §. pen. de conſtit. pec. l. naturaliter. 13. ff. de cond. ind. l. 6. §. 2. & l. 7. ff. de fidejuſ.* & creditorum loco habentur etiam, quibus natura tantum debetur: etiamſi non idem ſit in aliis cauſis, veluti ut mitti poſſint in poſſeſſionem, & bona debitoris poſſidere ſine metu calumniæ, quo pertinet

l. cre-

l. creditores. 10. *ff. de verb. ſign.* ut bene Cujacius & alii in *comment. ad d. locum* obſervaverunt. Quare non obſtat DD. axioma, quod determinatio reſpiciens plura determinabilia æqualiter determinet, *arg. l.* 4. §. 2. *ff. de vulg. & pup. ſubſt.* Hoc enim tunc procedit, quando determinatio communis in uno unum tantum effectum, in altero plura & diverſa producere poteſt, ne alias oriatur abſurdum ſeu ἀκατάλληλόν τι ut in ſpecie *d. l.* 4. §. 2. quod non fit in caſu noſtro, ubi utriuſque eadem vis & par effectus eſt.

CAP. L.

An reus compenſationem ex cauſa non liquida per modum exceptionis initio litis opponens, audiendus ſit?

UTrum cujuſcunque debiti ad quodcunque ſive liquidum ſive non liquidum jure veteri admiſſa fuerit compenſatio, ut vult Donellus *ad* §. *in bona.* 30. *Inſt. de act. n.* 7. an liquidi duntaxat cum liquido, ut Cujacius *lib.* 8. *obſ. c.* 16. *& lib.* 15. *c.* 12. ſupervacuum eſt diſputare, cum certum ſit hodie ex conſtitutione Juſtiniani eas duntaxat compenſationes admitti, quæ ex cauſa liquida objiciuntur. *l. ult. C. de compenſ. de.* §. *in bonæ. Inſt de act.* ſed nimirum hoc effectu, ut oppoſitæ ipſo jure actiones minuant, ut iiſdem locis expreſſum eſt; & pro ſoluto retro habeantur. *l.* 4. *C. eod. tit.* ac conſequenter, ut quovis tempore opponi poſſint, etiam poſt rem judicatam in executione ſententiæ. *d. l. ult. junct. d. l.* 2. *C. eod* Cauſam liquidam interpretamur, cum apertum eſt jus debitoris, qui ſibi viciſſim quid deberi intendit, & compenſationem implorat. *d.* §. *in bonæ. Inſt. de act.* Id autem ita fit, ſi cauſa debendi & juſta eſt & vera, & talem eſſe vel in præſentia conſtet confeſſione adverſarii, vel celeriter & expedite

dite probari poſſit. *Zanger. p. 3. de except. c. 8. n. 95. & ſeq. Cacher. deciſ.* 129. *n.* 13. *Menoch.* 2. *arb. quaſt. cent.* 1. *caſ.* 14. ubi in hac re nonnihil judicis arbitrio tribuendum exiſtimat: in quo illi facile aſſentior. Liquidum debitum & illud exiſtimandum, quod juris tantum quæſtionem habet, veluti ſi quæratur an in contractibus bonæ fidei uſuræ debeantur ex mora? Hæc enim quæſtio certo jure definita eſt. *l. mora.* 32. §. 2. *ff. de uſur. l.* 2. *C. depoſ.* Non liquidi autem cum liquido compenſationem non admittit Juſtinianus: ſed tum alii judicio rem reſervari jubet, ne ſcilicet creditori fiat injuria, ſi debitori, qui initio tacuit, jam convicto aut pene convicto concedatur, ut confugiat ad defenſionem compenſationis ex cauſa, de qua non liqueat, & quæ altiorem requirat indaginem. *d. l. ult.* §. 1. *verſ. hoc itaque. C. de compenſ.* videſis *Chriſtin. vol.* 1. *deciſ.* 231. *& vol.* 3. *deciſ.* 38. *Zanger. ubi ſup. n.* 101. *& ſeq.* illud autem quæritur, an reus audiendus ſit compenſationem ex cauſa, quamvis non liquida objiciens, ſi eam per modum exceptionis initio litis opponat, eamque conteſtetur? nam ad hunc caſum non videtur pertinere Juſtiniani conſtitutio. Quippe Juſtinianus loquitur de compenſationibus quæ fiunt ipſo jure. Sic enim initio cavet, compenſationes ex omnibus actionibus ipſo jure fieri ſancimus. Atque ad hanc ipſam conſtitutionem temperandam pertinet quod ſubjicit de cauſa liquida, nempe in hujuſmodi compenſationibus, quas vult fieri ipſo jure, id eſt, tunc cum ab initio litis non oppoſita & conteſtata compenſationis exceptione, poſtea inter moras judicii intentione actoris jam probata objicitur compenſatio, exigere ſe, ut cauſa, ex qua objicitur, ſit liquida. Sed & in eo temperamento nominatim eam compenſationem, quæ non ſit ex cauſa liquida, ideo repudiat, quia poſt multa forte certamina & reo jam pene convicto demum

oppo-

Digitized by Google

opponitur: unde ſic recte colligi videtur, ſi quis initio litis & ante omnem diſceptationem utatur exceptione compenſationis, licet ex cauſa non liquida, conſtitutionem ceſſare, eamque non pertinere ad compenſationes, quæ in exordio litis opponuntur, actionemque non ipſo jure, ſed per exceptionem minuunt. *arg. l. 1. pr. ff. de off. ejus cui mand. juriſd.* Et vulgo quidem cum Accurſio id admittunt interpretes, ſi debitor à creditore conventus ſtatim debitum agnoſcat, dicatque ſibi viciſſim tantundem à creditore deberi, atque hac defenſione adverſus intentionem creditoris utatur. Sed quid ſi reus initio neget ſe debere, & tamen dum de eo dubitat, utatur ſimul exceptione compenſationis, ut dicat, etſi deberet, tamen ſibi tantundem ex hac aut illa cauſa viciſſim ab actore deberi, eamque exceptionem conteſtetur, an hic, ſi actor probaverit ſibi pecuniam quam petit deberi, nihilominus reus jam poſt longa forte certamina convictus, redire poterit ad exceptionem compenſationis, quam initio conteſtatus eſt, & ad eam probandam admittetur, quamvis cauſa, ex qua compenſatio objicitur, non ſit liquida? Adhuc dicimus audiendum eſſe & ad probationem admittendum. Atque hæc ſententia multis argumentis probari poteſt. Nam primo, conſtat olim ex reſcripto D. Marci compenſationes admiſſas fuiſſe oppoſita doli mali exceptione. Hoc quidem jus hactenus mutat Juſtinianus, ut actionem quamcunque ipſo jure minuat compenſatio, ſi aperto jure nitatur: non autem ſi fiat ex cauſa non aperta nec liquida: igitur hoc caſu intelligitur velle manere jus antiquum. *arg. l. præcipimus. 22. C. de appellat.* At certum eſt jure veteri exceptionem initio conteſtatam licuiſſe intra quodvis tempus, dummodo idoneum, probare. *l. ſiquidem. 9. C. de except.* Secundo, non rejicit Juſtinianus compenſationem debiti non liquidi ſimpliciter, ſed

ſed ita ſi poſt multa certamina longamque diſceptationem à debitore jam convicto aut pene convicto opponatur: ergo ex contrario, ſi in id tempus objectionem compenſationis non diſtulit, ſed ſtatim initio litis eam oppoſuit, quamvis ex cauſa minime liquida adhuc, audiendus poſtea erit. Tertio idem evincitur ex verbis conſtitutionis, quibus Juſtinianus jubet, ut judices ſtricto jure utantur adverſus eos debitores, qui jam convicti aut pene convicti compenſationem debiti non liquido opponunt. At ſtricti juris ratio nihil amplius exigit, quam ut exceptio initio litis conteſtetur, ſi quis eam poſtquam actor intentionem ſuam probavit, ante ſententiam ad diſceptationem velit opponere & probare. *l. 9. de præſcr. long. temp. l. 8. l. ult. C. de except.* Quarto, ſi alia exceptione debitor conventus utatur, puta pacti conventi, jurisjurandi, rei judicatæ, &c. convenit inter omnes, ſi eam initio oppoſuerit, audiendum eum eſſe intra quodcunque tempus eam probet: neque diſtinguitur, utrum initio confeſſus fuerit ſe debere, & exceptionem ſolummodo oppoſuerit; an debere ſe negaverit, & tamen ſi convinceretur debere, exceptionem aliquam objecerit. *l. in exceptionibus. 19. ff. de probation. junct. d. l. 9. C. de except.* idem ergo dicendum, ſi utatur exceptione compenſationis, quæ eſt juſtiſſima. Quinto & poſtremo, ſi is qui conventus negat ſe debere, & tamen dicit, ſi debet, ſe ſolviſſe, etiam poſtquam convictus eſt, auditur ſolutionem probare volens, quamvis ſolutio non ſit liquida. *l. 1. C. de probat.* & ibi *Sichard. poſt alios n. 3.* idem etiam in compenſatione initio oppoſita admittendum, etſi debitor primo neget ſe debere: quoniam compenſatio pro ſolutione eſt. *l. 4. C. de compenſ. l. 4. ff. qui pot. in pign.* ita *Donell. ad l. ult. C. de compenſ. & ad §. in bonæ. 30. Inſt. de act. n. 5. Mudæ. ibid. n. 15. Zanger. de except. p. 3. c. 8. n. 104.*

Digitized by Google

n. 104. *& ſeqq.* & facit huc textus in *l.* 8. *ff. de compenſ.* Unum eſt, quod tot & tam efficacibus argumentis objicitur, nempe Juſtinianum ſanxiſſe, ut omnis compenſatio ipſo jure actionem minuat: quod tamen falſum eſſe aperte liquet ex iis quæ ex tenore ipſius conſtitutionis Juſtiniani, atque ex verbis §. *in bonæ.* 30. *Inſt. de actionib.* elicuimus. Ad argumenta autem ipſa nihil ſolidi, aut quod confutatione dignum ſit, reſpondetur.

CAP. LI.

An depoſitarius propter impenſas neceſſarias retinere depoſitum poſſit?

QUi rem aliquam depoſuit, hoc eſt, alteri cuſtodiendam dedit, is eam rem quovis tempore repetere poteſt, & reddenda eſt etiam ante tempus conſtitutum repetenti. *l.* 1. §. *pen. & propen. ff. depoſ.* Nam cum totum hoc negotium ex utilitate deponentis æſtimetur, etiam ad voluntatem ejus dirigendum eſt, quam ſine incommodo depoſitarii mutat, ſi rem ante tempus definitum repetat: & ne ulla mora interponeretur reddendi depoſiti, ne compenſationis quidem nomine actioni depoſiti quicquam objici voluit Juſtinianus, licet in cæteris actionibus defenſionem compenſationis debitæque & creditæ inter ſe quantitatis contributionem admittat. *l. ult. C. de compenſ.* §. *in bonæ.* 30. *Inſt. de action.* Cæterum ſi quid depoſitario per cauſam & occaſionem rei, quam cuſtodiendam acceperat, abeſſe contigerit, poterit id conſequi contrario judicio depoſiti, quo ultro de indemnitate ſua cum deponente ei experiri licet. *l.* 5. *ff. depoſ.* Sed quid ſi depoſitarius impenſas in rem depoſitam fecerit, poteritne ob hanc cauſam depoſitum retinere, donec refundantur? & ſiquidem utiles tantum fecerit impenſas, vix id admiſerim; cum ad officium depo-

depoſitarii non pertineat hujuſmodi ſumptus facere: nec puto poſſe eum contrario judicio has impenſas petere. *arg. l. un. §. taceat. 5. verſ. ſed nec ob impenſas. C. de rei ux. act.* Cæterum ſi neceſſarias fecerit, id eſt, tales, quæ niſi factæ eſſent, res aut interitura fuiſſet, aut deterior futura, propter hujuſmodi impenſas concedendam eſſe depoſitario retentionem rei depoſitæ affirmat Placentinus, Cynus, Bald. Salic. Caſtr. in *l. 11. C. depoſ.* quibus aſſentior. Moveor non una ratione. Primo inter omnes conſtat poſſe depoſitarium impenſas neceſſarias petere & conſequi, judicio contrario ſive contraria depoſiti actione: quicquid autem contrario judicio peti & obtineri poteſt, id etiam per retentionem ſervare poteſt, qui directo judicio convenitur. *l. in rebus. 18. §. ultim. ff. commod. l. 15. §. 2. l. ſi is quis. 59. ff. de furt.* At obſtare creditur *l. ult. C. de commod.* ubi Imperatores negant prætextu debiti reſtitutionem commodati recuſari poſſe: nam ſi hoc verum eſt, multo minus recuſari ob eandem cauſam poterit reſtitutio depoſiti. *arg. l. 11. C. depoſ. l. ult. c. de compenſ.* Sed nos non dicimus rem commodatam aut depoſitam, prætextu debiti ex diverſa cauſa nati, poſſe retineri: verbi gratia, ſi commodator aut qui depoſuit, decem ex cauſa mutui debeat commodatario aut depoſitario, poſſe eos obtentu hujus debiti reſtitutionem corporis commodati aut depoſiti recuſare, quod vetant Imperatores in *d. l. ult. C. commod.* quippe quo caſu nec locus eſt contrario commodati aut depoſiti judicio: & generaliter tenendum eſt, non poſſe creditorem, cui ſine pignore pecunia debetur, rem debitoris pro eo, quod ſibi debetur, retinere. *l. un. C. etiam ob chirogr. pec. Donell. in d. l. ult. n. 3. & ſeqq. Cujac. in not. ad §. in bona 30. Inſt. de Act.* qui tamen alibi pro *commodati in d. l. ult.* vult reponi *commodati lib. 9. obſ. 37.* quanquam perperam,

ram, quod nunc omitto. *vid. Gilbert. Reg. lib.* 1. *opin. c.* 14. Sed hoc dicimus, poſſe commodatarium, aut depoſitarium id quod contrario judicio conſequi poſſunt, (poſſunt autem eo judicio conſequi quod occaſione ejuſdem contractus iis abeſt, & vel maxime impenſas neceſſarias) etiam poſſe per retentionem rei, quaſi quæ pignoris loco ſit, ſervare. *l.* 15. *in fin. ff. de furt. l. ſi quis rem.* 20. & ibi *Gothofr. ff. de acq. poſſ.* Deinde ceſſat hic plane ratio, ob quam Juſtinianus compenſationem & retentionem in cauſa depoſiti prohibet, ſcilicet ſuſpicio & præſumptio perfidiæ; quæ nulla eſſe poteſt, ubi neceſſariæ impenſæ factæ ſunt. Quid quod tacite id actum videri debet, ut depoſitarius has impenſas faciat, cum ſine iis futurum ſit ut res pereat? Denique, impenſæ neceſſariæ quodammodo partem rei conſtituunt, & tantum de re in quam fiunt, detrahere videntur, quantum in eam impenſum eſt, ut proinde & jus aliquod in re tribuant facienti. *arg. l. plane.* 38. *ff. de hered. petit. l.* 5. *ff. de impenſ. in rem dotal. fact.* Quamobrem non obſtant conſtitutiones Juſtiniani in *d. l.* 11. *C. depoſ.* & *l. ult. C. de compenſ.* quibus depoſitarius non ſolum jubetur confeſtim reddere depoſitum, ſed etiam ut reddat ſine ulla exceptione aut defenſione, quæ ad compenſationem vel retentionem ſpectet. Nam textus iſti accipiendi ſunt de compenſatione vel retentione, quæ fit ex diverſa cauſa, & ad illos caſus pertinent, in quibus depoſitarius jus in re non eſt adeptus, quod conſequitur per impenſas neceſſarias, quo caſu quaſi pignoris loco res eſſe incipit. *l. creditoris.* 15. §. 2. *ff. de furt.* Diſſent. *Donell. in d. l.* 11. *n.* 9. *C. depoſ.*

CAP. LII.

An præter dolum etiam culpam, & quam culpam præſtet procurator, ſeu mandatarius?

QUi negotia aliena mandatu domini gratis gerenda ſuſcepit, is in jure noſtro & apud bonos auctores procurator appellatur; ſive negotia illa ſint forenſia & judicialia, ſive quævis alia extrajudicialia. *tit. ff. & C. de procur.* & *mand. vel cont.* Interpretes vulgo etiam mandatarium vocant, præſertim eum qui negotia adminiſtrat extrajudicialia: procuratoris autem nomine eum fere intelligunt cui commiſſæ lites & negotia forenſia. Cujus rei cauſam eſſe puto, quod jam à multis annis procuratores appellari cœperint ii ſoli, qui mandatum ad agendum & lites exercendas habent. Cæterum nomen mandatarii non memini me vel apud noſtros vel apud alios auctores legiſſe. Non ideo tamen abſtinebo eo nomine, ſed utroque utar promiſcue, ne nimia verborum curioſitas mihi objiciatur. Neque vero etiam omnem, qui mandatum ſuſcepit, velim procuratorem appellare; verbi cauſa, non eum qui mandatu meo pro me fidejuſſit. Jam ut ad rem propoſitam veniam, quæri ſolet circa obligationem procuratoris ſive mandatarii de dolo, culpa & diligentia, quid horum in mandato exequendo & rerum receptarum adminiſtratione mandatarius præſtare debeat?

De dolo & lata culpa non dubitatur. Nullus enim contractus eſt, qui dolum malum non recipiat, ſive in quo non præſtetur dolus. *l. 5. §. 2. ff. commod. l. contractus. 23. ff. de reg. jur.* & ſicut dolus in omnibus contractibus præſtatur, ita placet & latam culpam in omni contractu præſtari, quia dolo & fraudi proxima eſt, & juris interpretatione dolum

dolum repræſentat. *l. ſi fidejuſſor.* 29. *ff. mand. l. quod Nerva.* 32. *ff. depoſ. l.* 7. §. 1. *ff. de ſuſpect. tut. l.* 1. §. *is quoque.* 5. *ff. de oblig. & act.* cum ſimilibus. Unde eſt, quod quotieſcunque contractus dolum recipere dicitur, verbo doli etiam lata culpa intelligatur, etiamſi in lege latæ culpæ mentio non fiat, adeoque etſi dolus notetur particulis taxativis *ſolum, tantum, duntaxat*, ut in *d. l.* 5. §. 2. *ff. commod. l.* 1. §. *ult. ff. depoſ. & d. l.* 23. *ff. de reg. jur.* ubi depoſitum & precarium dicitur dolum duntaxat recipere: non ideo tamen lata culpa excluditur. *d. l. quod Nerva.* 32. *ff. depoſ. l.* 1. *C. eod. l.* 8. §. 3. *ff. de precar.* Omnis igitur controverſia hic eſt de culpa levi, & maxime de culpa leviſſima, quæ paſſim in jure noſtro per oppoſitum indicatur, nempe verbo diligentiæ, quo ſumma ſignificatur & exactiſſima. *d. l.* 5. §. 2. *ff. commod. l.* 1. §. *ſæpe.* 35. *ff. depoſ. d. l.* 23. *ff. de reg. jur.* Dixeris præter præſtationem doli & culpæ latæ ſive dolo proximæ nihil à procuratore exigendum videri, ſecundum primam definitionem Ulpiani in *d. l.* 5. §. 2. *commod.* eſſe enim procuratorem ſimilem depoſitario, ſeu ei qui rem gratis cuſtodiendam accepit: utrumque eſſe enim beneficii debitorem, & contemplatione alterius, illum rem gerendam, hunc cuſtodiendam ſuſcipere: & quod deponenti imputari poteſt, quod negligenti amico rem cuſtodiendam tradidit. *l.* 1. §. *is quoque.* 5. *ff. de obl. & act.* idem imputari poſſe & mandatori, quod negligenti amico rem gerendam commiſit. At depoſitarium præter dolum & culpam latiorem nihil præſtare. Cæterum hanc definitionem in mandato ſequi non licet propter eos locos, quibus expreſſe traditum eſt, mandatarium non tantum de dolo, ſed etiam culpæ nomine teneri. *l.* 8. §. *ult. ff. mand. l.* 11. *C. eod. d. l.* 23. *ff. de reg. jur.* & apud Licin. Rufinum in *collat. leg. Moſaic. & Roman. tit. de depoſ.* hæc verba Modeſtini referuntur:

Digitized by Google

runtur: *In mandati judicio dolus & culpa præſtatur.* Certum autem eſt, verbo culpæ abſolute poſito aut dolo oppoſito ſignificari culpam levem. Plus dicimus, etiam culpam leviſſimam in judicio mandati venire: ſic enim diſerte ſcriptum eſt in *l. à procuratore.* 13. *C. mand.* à procuratore dolum & omnem culpam præſtandam eſſe, ſolum caſum improviſum non præſtandum. Ac ne quis putet, hoc pertinere duntaxat ad procuratores forenſes, non ad alios aut quemvis mandatarium; utique ad quemvis mandatarium & omnem procuratorem pertinet, quod traditur in *l. in re mandata. C. eod.* aliena negotia exacto officio geri, nec quicquam in eorum adminiſtratione neglectum ac declinatum culpa vacuum eſſe. Cui ſimilis eſt locus apud Ciceronem in ea pro Roſcio Amerino, ubi de judicio mandati diſſerens, ait in minimis etiam rebus teneri, qui res mandatas non modo malitioſius, verum etiam negligentius geſſerit. Atque hæc cauſa eſt, cur Ulpianus in *d. l.* 5. §. 2. *ff. commod.* ad declarandam primam regulam exemplo depoſiti, non etiam mandati utatur: & facit huc etiam *l. ſi. mater.* 24. *C. de uſur.* Cur ergo in mandato recedimus à regula, quam in depoſito ſervari placet? Nimirum ideo, quoniam cum in negotio gerendo opus ſit diligentia atque induſtria, & is qui mandat, diligentiam rei gerendæ convenientem exigere, & qui ſuſcipit mandatum, hoc ipſo induſtriam & diligentiam ad rem exequendam neceſſariam in ſe futuram recipere videtur; quod non convenit depoſito: nam ad aliquid cuſtodiendum non diligentia aut induſtria, ſed fide duntaxat opus eſt. Ex quo jam intelligimus, mandatarium non eſſe comparandum cum quovis depoſitario: ſed cum eo depoſitario ſolum recte comparari mandatarium, qui ultro ſe depoſito obtulit; quem placet omnem culpam præſtare, & ſummam rei cuſtodiendæ adhibere diligentiam,

non

Digitized by Google

non alia de cauſa, quam quod ultro ſe depoſito offerendo de diligentia ſua & ſolerti cuſtodia promittere videatur. *l.* 1. §. *ſæpe.* 35. *ff. depoſ.*

Sunt qui de his præſtationibus ſtatuendum arbitrantur pro varia conditione mandati, qua modo mandantis, modo mandatarii ſeu procuratoris, modo utriuſque utilitatem reſpicit; propterea quod hæc diſtinctio in commodato probata eſt. *l.* 5. §. 2. *verſ. commodatum autem junct.* §. *interdum.* 10. *l. in rebus.* 18. *in fin. pr. commod.* Nempe ergo, ſi his credimus, ubi mandatum ſolius procuratoris gratia intervenit, dolus duntaxat & culpa lata præſtabitur: ubi utriuſque gratia, etiam culpa levis: ubi ſolius mandatarii, etiam leviſſima. Sed profecto talis diſtinctio in mandatum cadere non poteſt: neque quicquam mandato cum commodato hic commune eſt. Etenim mandatum ſolius mandatarii contemplatione interpoſitum etſi mandantem obligat, ſi dolus ejus intervenerit. §. *tua tantum.* 6. *Inſt. de mandat.* mandatarium tamen non obligat ullo modo: quippe cujus nulla obligatio eſſe poteſt, niſi quatenus negotium quod gerendum ſuſcepit, ad alium pertinet. *d.* §. 6. & *l.* 2. §. *ult. ff. eod.* ut proinde cum de obligatione mandatarii circa prædictas præſtationes quæritur, mandatarius tantum conſiderari debeat, ut rem alienam gerens: quomodo etiam conſideratur in *l. in re mandata.* 21. *C. eod.* Plane in iis quæ negotium commiſſum conſequuntur, bonam fidem præſtare, culpaque & fraude carere ſufficit: uti & cum non adminiſtratio commiſſa, ſed negotium mandatum, quod induſtriam non requirit, veluti fidejuſſio per. *l.* 8. §. *ult. l.* 10. *pr. l. ſi fidejuſſor.* 29. §. *quædam tamen.* 4. *ff. eod.*

CAP.

CAP. LIII.

An pactum de inæqualibus lucri & damni partibus inter ſocios valeat, ubi æqualis eſt operæ & pecuniæ collatio?

IN coëunda ſocietate facile admiſſa eſt hæc conventio, ut ad unum duæ partes & damni & lucri pertineant, ad alterum tertia; idque propter anologiam inæqualitatis partium, tam in damno, quam in lucro. §.1. *Inſt. de ſociet.* Imo vix inæqualitatem habere videtur talis conventio: quoniam incertum eſt, lucrum, an damnum ex communi negotiatione proventurum ſit: neque enim ſemper favente Mercurio negotia procedunt. Illud vero difficulter admiſſum eſt, ut partes lucri & damni diſpariliter conſtituerentur; veluti ſi convenerit, ut unus lucri partes duas, damni unam tantum; alter duas damni, tertiam lucri ferret. Nam Quinto Mucio hæc conventio diſplicuit, ut naturæ ſocietatis, quæ æqualitatem deſiderat, contraria: ſed à Servio Sulpitio admiſſa eſt: cujus ſententia prævaluit, teſte Juſtiniano §. 2. *Inſt. de ſoc.* Cæterum Sulpitius non tam improbaſſe videtur ſententiam Mucii, quam temperaſſe: & nimirum, quod Mucius ſimpliciter dicebat, iniquam eſſe hanc pactionem, naturæque ſocietatis contrariam, ut alter plus lucri, alter plus damni ſentiat, id Servium exiſtimaſſe verum non eſſe in omni ſocietate: iniquam quidem eam conventionem videri in ſimplici & æquali collatione rerum ſeu pecuniæ, quod etiam forte ſolum conſideravit Mucius: at iniquam non eſſe, ubi unus pecuniam tantum, alter operam ſimul cum pecunia confert: imo juſtum eſſe hunc meliore conditione in ſocietatem admitti. *d.* §.2. *Inſt. de ſociet.* Igitur ne quidem ex ſententia Servii pactum de inæqualibus lucri partibus valebit, ubi æqualis eſt operarum & ſortis

ſortis collatio; ſed tunc demum ratum eſt, cum inæqualis eſt collatio & is quem plus lucri ferre placet, etiam plus ſocietati confert ſive pecuniæ, ſive operæ & induſtriæ: quam diſtinctionem & Ulpianum probare evidenter arguit reſponſum ejus in *l. ſi non fuerint.* 29. *ff. pro ſoc.* Atque ita olim contra Joannem Azo diſputavit, cujus ſententiam interpretes comm. ad §. *d.* 2. *& ad d. l.* 29. ſecuti ſunt. *Donell. ad l.* 1. *C. pro ſoc. n.* 23. *Gomeſ.* 2. *var. reſol.* 5. *n.* 5. *Mantic. lib.* 6. *de tac. & ambig. conv. tit.* 4. *n.* 9. *& ſeqq. Chriſtin. vol.* 3. *deciſ.* 51.

Sed ut verum fatear, non poſſum huic ſententiæ acquieſcere. Nam primum rationis eſſe videtur, ut expreſſa conventio aliquid operetur præter nauram ordinariam contractus. *l. contractus.* 23. *ff. de reg. jur.* modo ne nimia inducatur inæqualitas, & quæ ſapiat communionem leoninam. Deinde quia aperte Azonis ſententiæ refragatur, quod generaliter definit Juſtinianus in §. 1. *Inſtit. de ſociet.* ſi partes expreſſæ fuerint, has ſervari debere: hoc enim & de partibus æqualibus in collatione inæquali, & de partibus inæqualibus in collatione æquali accipiendum eſſe argumento eſt, quod in collatione inæquali, etiamſi de partibus nihil convenerit, partes inæquales tacite conſtitutæ intelligantur, nempe pro rata ejus, quod quiſque contulit. per *l.* 6. *l. Mucius.* 30. *l. quid enim. ff. pro ſociet.* ſecundum quod Ariſtoteles *lib.* 8. *Ethic. ad Nicomach. in fin.* ἐν χρημάτων κοινωνίᾳ, inquit, πλείω λαμβάνουσιν οἱ συμβαλλόμενοι πλείω. Etſi vero hac ratione inducitur aliqua inæqualitas: non video tamen cur non poſſit expreſſa conventione id effici, cum non plane tollatur lucri communio, in qua conſiſtit ſocietatis ſubſtantia. Et quamvis in totum donationis cauſa ſocietas non recte contrahatur. *l.* 5. §. 2. *ff. eod.* dubitandum tamen non eſt quin non minus ex parte donationis cauſa contrahi poſſit, quam

Digitized by Google

quam emptio venditio. *l. ſi quis.* 38. *ff. de contr. empt.* quod & Mantica *ubi ſupr. n.* 19. videtur admittere. Quapropter exiſtimandum potius eſt, Servium in reddenda ratione ſuæ ſententiæ reſpexiſſe ad id quod plerumque evenit, ut ſcilicet unius opera ſit pretioſior, & plus ſocietati proſit, quam alterius: de quo tamen in ſingulis perſonis inquirendum non ſit, cum ad æquitatem pacti quod contra Mutium admittit, defendendam, ſufficiat id evenire poſſe, & frequenter etiam evenire: neque aliam fuiſſe mentem Ulpiani, eumve nimiam duntaxat improbaſſe inæqualitatem in *d. l. ſi non fuerint.* 29. *ff. pro ſoc.* Ut ut vero ſit, uſus hujuſmodi conventiones ſuſtinet, ut poſt Angelum, Porcium & alios teſtatur Weſenbecius ad §. 2. *Inſt. de ſoc. & in parat. ff. eod. n.* 7. *add. Menoch.* 2. *arb. jud. quaſt. caſ.* 125.

CAP. LIV.

An uno pecuniam, altero operam conferente, pecunia communis fiat, & cujus periculo ſit?

ETiam uno pecuniam, altero operam conferente ſocietatem contrahi poſſe obtinuit. *l.* 1. *C. pro ſoc.* & ita quidem, ut Juſtinianus ait in §. 2. *Inſt. eod.* ut lucrum inter eos commune ſit: quoniam ſæpe opera alicujus tanti eſt, quanti pecunia, juxta illud Plauti in *Aſin.*

Par pari datum hoſtimentum eſt, opera pro pecunia.

Quod autem de opera dicitur, idem & de labore ac periculo navigationis & ſimilibus intelligi debet. *l. ſi non fuerint.* 29. §. 2. *ff. eod.* Poſſunt igitur duo ſocietatem ſic coire, ut unus pecuniam conferat, unde merces emantur, & negotiatio exerceatur; alter operam duntaxat, qui proficiſcatur ad merces emendas, emat, vendat, ut ſic deinde lucrum com-

Digitized by Google

mune ſit. In quo genere ſocietatis quæſitum eſt, an etiam ſors ſeu pecunia quam alter contulit, communis fiat, & finita ſocietate cum altero, qui ſolam operam præſtitit, ſit dividenda; an vero is qui contulit, eam percipere debeat, & id ſolum quod ſupereſt inter ſocios dividi? Et *Cynus*, *Baldus*, *Caſtrenſ. Sichard. Donell. & comm. DD. in l. 1. C. pro ſoc. Fachin. lib. 2. controv. c. 94. Perez. ad tit. C. pro ſoc. n. 8. & ſeq. Gail. lib. 2. obſ. 24. n. 6. Thulden. ad Inſt. de ſociet. c. 3.* reſpondent pecuniam hanc minime communicari, ideoque totam ad eum redire debere, qui eam contulit, & ſolius lucri, quod factum eſt, inter ſocios diviſionem fieri. Rationem hanc afferunt, quod in propoſita ſpecie non ea videatur eſſe mens ſocietatem coëuntium, ut pecuniæ collatæ proprietas communicetur, ſed ut uſus operæ cum uſu pecuniæ compenſetur, & lucrum ex utroque percipiendum commune ſit: ſufficere enim debere ſocio operanti, quod lucrum capit ex negotiatione, quod lucrum facturus non eſſet ſine pecunia ſocii. Et quod alias ſumma inter ſocios exurgeret inæqualitas, eo quod is qui pecuniam contulit, ſi forte finita ſocietate præter ſortem nihil ſuperſit, duplici incommodo afficeretur, ſcilicet, quod & dimidium ſortis collatæ amitteret, & nullum ex pecunia ſua fructum, quem alias conſequi potuiſſet, perciperet. Porro pro firmamento hujus ſententiæ afferuntur duo loci. Primus eſt Ulpiani in *l. cum duobus. 52. §. verſ. ſi in coëunda. ff. pro ſocio.* ubi cum unus è ſociis pecus ſuum alteri paſcendum, vel agrum colendum dediſſet in commune quærendis fructibus, pecus vel ager non communicatur, ſed ejus manet, cujus antea fuerat: ex eo enim quod in *fin. d.* §. 2. ſubjicitur, ſocium quoque culpam præſtare debere, ſi rei communi nocuit, recte colligitur, prius actum fuiſſe de re non communi. Alter locus eſt Juſtiniani in §. 2. *Inſt. de*

ſociet.

Digitized by Google

ſociet. ubi ait ita poſſe coïri ſocietatem, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat, & tamen lucrum inter eos commune ſit, quia ſæpe opera alicujus pro pecunia valet. Ecce hic pecunia collata non fit communis, ſed lucrum tantum, quod ex negotiatione ſecuta factum eſt, communicatur. Neque obſtat huic ſententiæ, quod ſimpliciter ſcriptum eſt in *l. 1. C. pro ſocio.* uno pecuniam, altero operam conferente ſocietatem poſſe contrahi: nam & pecuniæ collatio, & operæ cum ea comparatio ad uſum duntaxat pecuniæ, & utilitatem, quæ non modo ex pecunia, ſed etiam ex opera & induſtria percipi poteſt, referenda ſunt. *Fachin. Perez. Donell. ubi ſupr.*

Ex hac autem quæſtione nata eſt & altera: utrum in hujuſmodi ſpecie ſocietatis damnum pecuniæ amiſſæ commune ſit, an ad eum ſolum hoc damnum pertineat, qui contulit pecuniam? Et ſuperiori ſententiæ omnino conſequens eſt, damnum hoc ad eum ex ſociis pertinere tantum, qui pecuniam contulit. Nam ſi pecunia collata non fiat communis, ſed dominium ejus apud conferentem maneat, juxta ſententiam ſuperiorem, etiam periculum amiſſionis pecuniæ ad eum ſolum pertinebit: cum utique res pereat ſuo domino. *l. pignus. 9. C. de pign. act.* & qui operas confert, non intelligatur ſe obligare voluiſſe ad damnum ſortis, cum ſufficiat eum damnum ſuſtinere operarum: cumque ſortis nullum ſentiat commodum, nec incommodum ſentire debeat. Adhæc, ſi dicamus damnum debere eſſe commune, magna induceretur inæqualitas: quippe qui operam confert, duplici afficeretur incommodo, quod & operam amitteret, & præterea ſentiret partem damni in pecunia amiſſa: alter vero non totam ſortem amitteret, ſed partem ſolummodo. Quibus & hoc accedit, quod, poſito damnum commune eſſe, is qui pecuniam confert,

nullum periculum ſubiret ſortis in totum amittendæ quod genus ſocietatis prope abeſſe creditur à fœnore & uſuraria pravitate, per *C. plerique. 14. quæſt. 3. Panorm. in C. per veſtras. de donat. int. vir. & ux.* Ita poſt *Accurſ. Cyn. Bald. Angel. Caſtr. Fachinæus lib. 2. controv. c. 95.*

Cæterum, etſi hæc magnam veri ſpeciem habent, non tamen ita ſimpliciter ad ſuperiores quæſtiones reſpondendum videtur: in omnibus enim negotiis primum inſpiciendum eſt, quid actum ſit. *l. ſemper. 34. ff. de reg jur. l. 3. ff. de reb. cred.* Et ſiquidem nominatim in coëunda ſocietate cautum fuerit, ut lucri tantum, quod ex quæſtu pecuniæ & operæ mutuo collatæ deſcenderet, communio eſſet, certum eſt pecuniæ ab uno collatæ non induci communionem, ut in ſpecie *l. cum duobus. 52. §. 2. verſ. ſi in coeunda. ff. pro ſociet.* ſicut ex contrario nemo dubitat, quin ſi expreſſe convenerit, ut pecunia communicaretur, ea communis quoque fiat, Quod ſi de eo dubitetur, inſpiciendum erit quid tacite & veriſimiliter actum videatur. Non uno enim modo pecuniæ & operæ collatio fit, ſed duplici. Nam aut comparatur opera cum ſolo pecuniæ collatæ uſu: quo caſu verum eſt ſortem domino perire, & ſi ſalva eſt, domino ſalvam eſſe: aut opera confertur cum ipſo dominio pecuniæ: quo caſu qui operam impendit, particeps fit ſortis. In prima ſpecie comparatur cum opera non ſors, ſed periculum amittendæ ſortis, & lucrum quod probabiliter ex ea ſperari poterat. In altera operæ pretium habendum quaſi ſorti adjectum, & pro eo quod valet, in ipſa ſorte partem habere debet qui operam præſtat. Atque hinc jam ad ſuperiores quæſtiones quid reſpondendum ſit, facile intelligitur. Fingamus itaque unius operam atque induſtriam tantundem valere, quantum alterius pecunia, ut non uſui tantum pecuniæ collatæ reſpondeat,

deat, ſed etiam dominio: nullaque alia conventione interpoſita caſu factum, ut finita ſocietate, præter ſortem ab uno collatam, nihil ſuperſit: dico hic, eum qui operam æquivalentem ſorti impendit & perdidit, in partem ſortis admitti debere, quaſi id tacite actum ſit, ne alioqui unus è duobus qui paria contulerunt, totum quod contulit amittat; alter ſalvum habeat, & ſpe lucri tantum fruſtretur. *Fac l. ſi id quod* 58. *pr.* & §. 1. *l. cum duobus.* 52. §. *quidam ſagariam.* 4. *ff. pro ſoc.* & ita cape Gloſſam in *l.* 1. *C. eod. tit.* quam Bartolus commendat, licet plerique improbent. At ex contrario, ſi opera unius tantum reſpondeat uſui pecuniæ ab altero collatæ, id actum videri debet, ut dominium pecuniæ collatæ in ſolidum apud conferentem maneat, & lucri ſolius, quod ex uſu pecuniæ unius & induſtria atque opera alterius ſperatur, communio ſit: ac proinde hoc caſu etiam damnum pecuniæ amiſſæ totum ad conferentem pertinet, per ea quæ ſupra. Priore autem caſu, cum pecunia communis fiat, & pretium operæ quaſi ſortem augeat, periculum hoc utrumque ſpectare videtur, & utrique partem perire tum pecuniæ tum operæ. Ita poſt Petrum à Peruſio, qui judicis prudentiam hic deſiderat, *Covar. lib.* 2. *var. reſol. c.* 2. *n.* 2. quem laudat & ſequitur Hugo Grotius *lib.* 2. *de jur. bell.* & *pac. c.* 12. *n.* 24.

CAP. LV.

An in emptorem hereditatis tranſeat jus accreſcendi?

NOn tantum corporis emptio eſt, ſed etiam juris, puta hereditatis, actionis ſeu nominis debitoris. *tit. ff.* & *C. de hered. vel act. vend.* Et emptori juris etiam ante ceſſionem datur utilis actio in rem, ſi hereditas vel actio vendita ſit. *l. ſi cum*

emptore. 16. *ff. de pact. l. ult. C. de hered. vel. act. vend.* quamvis emptori corporis ante traditionem nulla ſit in rem actio. Et licet venditor corporis teneatur de evictione, venditor tamen hereditatis aut nominis evictionem non præſtat: ſed ſatis eſt, ſi præſtet hereditatem eſſe, nomen eſſe quale quale. *l.* 4. *l. ff. qui filiifa.* 14. §. 1. *ff. de hered. vend. l. ſi plus.* 74. §. *ult. ff. de evict.* Cui conſequens eſt, nec remedio. *l.* 2. *C. de reſc. vend.* in venditione hereditatis aut nominis eſſe locum. Cum autem emptor hereditatis vicem heredis obtineat, eique reſtituendum ſit non ſolum quod jam ad heredem ex ea hereditate pervenit, ſed & quod quandoque pervenerit. *l.* 2. § *non tantum.* 4. & §. *cum quis.* 18. *ff. de hered. vend.* quæſitum eſt, an in emptorem hereditatis etiam tranſeat jus accreſcendi. Ponamus L. Titium heredem ſcriptum eſſe ex triente, aut hereditatem legitimam pro triente L. Titio delatam, eumque hanc ſuam hereditatis partem vendidiſſe Gaio Sejo: quæritur ſi coheredes L. Titii portionem ſuam repudiaverint aut alias defecerint, portio defecta ad L. Titium jure accreſcendi pertineat, an ad Gaium Sejum, emptorem hereditatis L. Titio pro parte tertia delatæ, & ab eo venditæ. Duplex autem hic quæſtio moveri poteſt, quæ tamquam una confuſim à pleriſque tractatur: an ipſo jure & recta deficientium portiones accreſcant emptori; ſin minus, an non ſaltem venditor quod ſibi accrevit emptori præſtare teneatur actione ex empto. Quantum attinet ad quæſtionem priorem, plane negandum eſt emptori quicquam directo accreſcere. Quippe juri accreſcendi tantum locus eſt inter coheredes, ſeu heredes ejuſdem hereditatis, ut conſtat ex omnibus locis qui de hoc jure loquuntur: at emptor hereditatis neque à teſtatore, neque à lege ad partem aliquam hereditatis vocatur, neque fit heres; ſed venditor heres manet. *l. ei*

qui.

qui. 88. *in fin. ff. de hered. inſtit.* Et quod notandum eſt, ut ſoli ei, qui ex parte aliqua heres extitit, ſive ex teſtamento, ſive lege ab inteſtato, deficientium portiones accreſcunt, ita & invito accreſcunt & ignoranti, & denique ſemper cum onere ſuo, æris videlicet alieni & legatorum: quod onus vendendo vitari non poteſt. *l. heredi.* 31. *l. qui ex duabus.* 53. §. 1. *ff. de acq. hered. l.* 9. *ff. de ſuis & leg. her. l. un.* §. *his ita definitis.* 10. *C. de cad. toll.* Nec vero putandum eſt emptorem hereditatis ſimilem eſſe ei, cui ex Trebelliano ſenatuſconſulto pars hereditatis reſtituta eſt: hic enim ex voluntate teſtatoris venit, emptor non item. Quid quod nec in fidei commiſſarium Trebellianum, quamvis juris ſucceſſor ſit, jus accreſcendi tranſit? Nam ſi heres rogatus ſemiſſem, ex quo inſtitutus eſt, reſtituere, portionem ſuam ſponte adiit & reſtituit, deficientis poſtea coheredis portio non fideicommiſſario, ſed heredi fiduciario accreſcet, ut recte *Cujac. lib.* 12. *obſ.* 12. & 13. *Ant. Fab. dec.* 50. *err.* 4. cenſent. Etſi enim fideicommiſſarius Trebellianus juris ſucceſſor dicitur & heredis loco eſſe reſpectu teſtatoris, propterea quod ad exemplum heredis ſuccedit in omnia jura defuncti, & quæ à defuncto in heredem ſunt tranſlata: non tamen ſuccedit in jus omne ipſius heredis, non in id jus, quod beneficio legis potius, quam ex voluntate defuncti heres habet, quale eſt jus accreſcendi, quippe quod habiturus eſſet etiam teſtatore invito: alias fideicommiſſarius non loco heredis, ſed heres heredis eſſet. Non offendor *l. Papinianus.* 43. *ff. ad ſenat. Trebell.* quia loquitur de eo qui compulſus adiit, non qui ultro & ſua ſponte. Nec tamen dicit portionem deficientis accreſcere fideicommiſſario, ſed heredi: at non manere apud heredem. Conſtat autem eum qui coactus adiit, & quantum in ſe fuit irritam fecit voluntatem defuncti, perinde habendum ac ſi irri-

Digitized by Google

tam feciſſet, eique lucrum omne auferri, quod vel habuerit, vel habere potuerit non tantum ex teſtamento, ſed etiam occaſione teſtamenti, haud ſecus ac ſi hereditatem non adiiſſet. *l. ita tamen.* 27. §. 2. & §. *ſi præceptis.* 14. *ff. ad ſenat. Trebell.* Et licet poſt reſtitutionem nihilominus heres ipſe jure maneat, tamen, quia periculo & commodo alieno adiit, & id egit, ne heres eſſet. *l.* 4. *ff. eod. tit.* in iis quæ ad ipſius commodum ſpectant, pro non herede habetur, ut proinde commodi nihil apud eum remaneat, quod laturus non fuiſſet, ſi hereditatem non adiiſſet. Quod ſi hic heres ex parte ſcriptus ſponte, non coactus hereditatem amplexus eſſet, haud dubie aliud Papinianus & Ulpianus in *d. l.* 43. *ad ſenat. Trebell.* reſpondiſſent, nempe portionem deficientem non modo accreſcere heredi, ſed etiam apud eum manere, cum nihil obſtet quominus maneat. Et eſt heres, qui compulſus adiit, reſpectu emolumenti non abſimilis ei cui tanquam indigno eripitur hereditas, eo quod tacite cavit ſe hereditatem reſtituturum incapaci, qui plane commodum omne, quod alias ex teſtamento aut occaſione teſtamenti conſecuturus fuiſſet, amittit, & conſequenter etiam jus accreſcendi. *l. ſi totam.* 83. *ff. de acq. hered.* Ut autem ad emptorem hereditatis revertamur, unum eſt quod maxime pro eo urgent alii, nempe reſponſum Papiniani in *l. ſi Titio.* 33. §. 1. *in fin. ff. de uſufr.* ubi Papinianus Juliani ſententiam refert & probat, dicentis, portionem fundi, velut alluvionem portioni, perſonæ fructum accreſcere: unde dicendum videtur deficientium heredum portiones non heredi qui ſuam portionem vendidit, ſed emptori qui eam habet, accreſcere debere. Reſpondeo, non ſimpliciter Papinianum aut Julianum jus accreſcendi attribuere portioni, quaſi portioni competat, eamque ſequatur, apud quemcunque ea ſit; ſed perſonæ ejus, ſive heredis ſive legatarii,

Digitized by Google

rii, qui portionem ſuam agnovit & obtinuit ex voluntate teſtatoris, ad differentiam ſcilicet ejus, cui conjunctim cum alio uſusfructus ejuſdem rei legatus eſt, qui etiam jus accreſcendi habet, quamvis partem ſuam non agnoverit. *l.* 1. §. 3. *ff. de uſufr. accreſc.* Nulla autem ratio dari poteſt, cur magis heres vendita portione hereditatis ſibi acquiſitæ jus accreſcendi amittat, quam unus è legatariis ejuſdem rei vendita parte ſua. Sunt qui reſpondent heredem hoc ipſo quod pretium conſecutus eſt, videri adhuc portionem ipſam habere, pretiumque in locum rei ſuccedere, & portionem venditam repræſentare, per *l.* 4. *ult. ff. ſi quis omiſſ. ca. teſt. l. ſi uſusfructus.* 35. §. 1. *ff. de uſufr.* Sed quia hæc reſponſio non tollit totam difficultatem, (quid enim, ſi heres partem ſuam alteri non vendiderit, ſed donaverit, an quia pretium non habet, ideo donatario potius quam ipſi jus accreſcendi tribuendum erit?) malim dicere cum Ant. Fabro, *dec.* 50. *err.* 5. *Bachov. ad Treutl. diſp. de emp. & vend.* illud ipſum jus, quod etiam vendita hereditate penes heredem manet, loco portionis fungi, niſi & hoc ipſum vitietur, & heres ex cauſa privetur omni commodo, quod alias beneficio legis aut ultimæ voluntatis conſecuturus fuiſſet: quod contingit tum ei qui coactus alieno periculo adit. *l.* 4. *ad ſenat. Trebell.* tam cui, ut indigno, hereditas aufertur. Atque hæc vera & adæquata ratio eſt, cur in ſpecie *l. ſi totam.* 83. *ff. de acq. hered.* heredi, qui clam fidem ſuam accommodavit, ut incapaci hereditatem reſtitueret, nihil debeat accreſcere, id eſt, ita accreſcere, ut apud eum maneat: quoniam & illud quod accrevit, ei tanquam miniſtro fraudandæ legis aufertur, & fiſco vindicatur. *l.* 1. *l.* 3. § *imperator.* 43. *ff. de jur. fiſc. l.* 1. *C. de delator.* Illa autem ratio quam Ulpianus in *d. l. ſi totam.* affert, *quia rem non videtur habere*, minus accurata eſt, nec ad omnes pertinet caſus,

 non

Digitized by Google

non ad caſum hereditatis venditæ, aut reſtitutæ capaci ab eo qui ſponte adiit. Nec vero ſemper & ubique veteres exactis rationibus, & quæ ad caſus omnes, etiam de quibus forte non cogitarunt, accommodari poſſint, utuntur. Et alioqui ſequeretur neceſſario neque eum heredem, cujus portio legatis exhauſta eſt, integra legata ſolventem, ut pleniore officio fidei fungatur, jus accreſcendi habere: quod tamen nemo, ut opinor, dixerit.

At hoc jam poſito, portione deficientium heredum non emptori hereditatis, ſed heredi, qui ſuam portionem agnovit & vendidit, accreſcere, ampliùs adhuc quæri poteſt, an non ſaltem heres idemque venditor, quod ei poſtea accrevit, emptori actione ex empto teneatur reſtituere. Hæc enim inter ſe non pugnant, non accreſcere emptori, & nihilominus quod venditori accrevit, emptorem ex contractu poſſe petere: ſic enim licet actiones directæ penes venditorem maneant, quicquid tamen exegit venditor, id emptori debet reſtituere. Et cum quaſi per averſionem jus omne quod heres habet, venditum videatur, quo commoda & incommoda omnia continentur, non omnino ſine ratione colligat aliquis etiam jus accreſcendi ea venditione comprehenſum. Denique cum emptor periculum ſuſtineat nominum hereditariorum, non inique viciſſim ſibi aſſerere videtur lucrum accretionis. Cæterum licet hæc, nec ſine ſpecie, diſputari poſſint, ego tamen ne illud quidem emptori hereditatis concedendum puto, ut commodum quod occaſione juris accreſcendi ad heredem poſtea pervenit, ei extorquere poſſit. Etenim cardo totius hujus quæſtionis in eo potiſſimum vertitur; an hoc inter contrahentes actum intelligi debeat, ut etiam commodum hoc accretionis ad emptorem tranſiret: utique enim ſi hoc actum non ſit, non tranſibit, cum actus agentium non extendatur ultra

eorum

eorum intentionem. *l. non omnis.* 19. *ff. de reb. cred. l. ſemper.* 34. *ff. de reg. jur.* Jam vero non eſt credibile de eo cogitatum aut inter contrahentes actum eſſe, quod an ad venditorem perventurum aliquando eſſet, & venditor & emptor ignorabant: ſed non niſi pars jam actu quæſita vendita cenſeri debet, nec alia, quam illa ipſa & ſola, ex qua heres inſtitutus venditor fuit, & quam aditione acquiſivit: id, inquam, ſolum, quod tempore venditionis jam heredi competebat, ut & diſerte reſponſum eſt in *l.* 2. §. 1. *ff. de her. vend.* Et quæſo, cum pretium rei venditæ æqua proportione conſtitui ſoleat. *l. pretia rerum.* 63. *ff. ad leg. Falcid.* an non abſurdum & iniquum videri debet, ſi heres ſextante aut quadrante, ex quo inſtitutus eſt, vendito, idque pretio valori rei ἀναλόγῳ ſive proportione reſpondenti, cogeretur partem longe majorem, & forte triplo aut quadruplo accreſcentem, poſtea ad emptorem transferre? Illa autem quæ paſſim in *d. l.* 2. *ff. de hered. vel act. vend.* occurrunt, quod venditum intelligatur jus omne heredis; quod ad emptorem tranſeat, quantum penes venditorem eſt, vel quandoque ad eum perventurum eſt; quod emptor vicem heredis obtinet: accipienda ſunt de parte ipſa vendita, de qua ſola inter contrahentes actum eſt. Hæc in effectu & Jaſonis & Ripæ in *l. re conjunct.* 89. *ff. de legat.* 3. *& Salic. in l. un. C. quand. non pet. part. & Gomeſ.* 1. *var. reſol. c.* 10. *n.* 44. *& Fachin.* 5. *contr. c. ult.* ſententia eſt. *Diſſ. Bart. in d. l. re conjuncti. Duar. lib.* 2. *de jur. accreſc. c.* 6. *& Papillon. in tract. de jur. accreſc.*

CAP.

Digitized by Google

CAP. XLVI.

An beneficium l. 2. C. de reſc. vend. *competat venditori non ignoranti valorem rei venditæ?*

QUamvis in pretio rei venditæ naturaliter liceat contrahentibus ſe invicem circumvenire, dummodo abſit dolus malus. *l. in cauſa.* 16. §. *idem Pomponius.* 4. *ff. de minorib. l. item ſi pretio.* 22. §. *ult. ff. locat.* eſt tamen hujus regulæ exceptio in *l.* 2. *C. de reſc. vend.* ubi ea ſic reſtringitur, ut non procedat, ſi læſio excedat dimidium juſti pretii; tunc enim placet reſcindi venditionem, etiamſi nullus dolus intervenerit: quippe cum non ex quantitate pretii, ſed ex qualitate facti dolus æſtimetur. *l. dolus emptoris.* 8. *C. eod. tit.* Igitur ſi quis v. c. fundum vendiderit centum aureis, qui tempore contractus communi æſtimatione valebat ducentos & viginti aureos, is oblata pretii quod accepit reſtitutione petere poteſt, ut venditio reſcindatur, & res vendita ſibi reſtituatur: aut ſi malit emptor rem retinere, ut ſuppleat quod juſto pretio deeſt. *d. l.* 2. *C. de reſc. vend.* Quæſitum vero eſt, an id beneficium etiam ei dandum ſit, qui valorem rei ſuæ ſcivit. In qua quæſtione aſſentior *Bartolo*, *Baldo*, *Saliceto*, *Caſtrenſi in d. l.* 2. *Menoch. conſ.* 562. *Diod. Tuldeno ad C. tit. de reſc. vend. n.* 4. negantibus dandum eſſe, contra *Albericum de Roſate in d. l.* 2. *n.* 12. *Pinellum p.* 1. *c.* 1. *n.* 10. *Fachin.* 2. *contr. c.* 20. Rationes hujuſce aſſertionis noſtræ hæ ſunt. 1. Quia nemo lædi aut injuria affici intelligitur, qui ſcit & conſentit. *l. nemo.* 145. *ff. de reg. jur. l. venditor.* 11. *C. de reſc. vend. l. ſi minor.* 9. *C. de act. empt.* 2. Quia videtur donationis cauſa minoris vendidiſſe: nam ubi errore interveniente daretur repetitio, ibi quod conſulto & à ſciente fit, donari intelligitur. *l. cujus per errorem.*

53. *ff.*

Digitized by Google

53. *ff. de reg. jur. junct. l. ſi quis.* 38. *ff. de contr. empt. l. cum donationis.* 34. *C. de tranſact.* 3. quia qui ſcit & vult, ſimilis eſt ei qui jus & actiones ſuas remittit. *l.* 1. *in fin. ff. de action. empt.* Poſtremo, à parte hujus ſententiæ ſtat textus rotundus in *l.* 1. *C. ſi major fact. alien. fact. ſine decr. rat. hab.* ubi expreſſe ei demum, qui inconſulto errore lapſus eſt, in hac læſione ſuccurrendum ad conſultationem Liciniæ reſcribit Imperator Gordianus.

Rationes quibus in contrarium moventur Pinellus & Fachinæus, hæ fere ſunt. 1. Quia Imperatores in *d. l.* 2. *C. de reſc. vend.* beneficium hoc venditori ſupra dimidium veri pretii læſo concedentes non diſtinguunt, ſciverit, an ignoraverit pretium rei ſuæ: at quam diſtinctionem lex non agnoſcit, eam nec nos admittere oportere vulgatum eſt. 2. Quia hac diſtinctione admiſſa eluderetur beueficium legis; quippe quod raro admodum locum haberet: quoniam venditor præſumitur noſſe vires & merita rei ſuæ, etiam prædii longe diſſiti. *l. quiſquis.* 15. *C. eod. tit.* 3. Quia beneficium legis non fundatur in dolo vel errore, ſed in nimia inæqualitate: quæ utique ſocietatem vitiat, abſque diſcrimine ſcientiæ vel ignorantiæ. *l. ſi non fuerint.* 29. §. *ult. ff. pro ſoc.* 4. Quia fieri poteſt, ut venditor neceſſitate rei familiaris urgente vel ſciens tanto minoris rem vendat. Sed hæ rationes non efficiunt, ut à priori ſententia, quæ & communis eſt, recedendum videatur. Nam primam quod attinet, præterquam quod jam produximus locum, in quo diſertis verbis diſtinctio iſta agnoſcitur, nempe *l.* 1. *C. ſi major fact. alien fact. ſine decret. rat. hab.* etiam ipſa *l.* 2. *C. de reſc, vend.* eandem diſtinctionem non obſcure ſuppeditat, quoniam nemo ſciens & volens lædi videtur: quæ regula utique etiam in venditione obtinet. *l. ea quæ commendandi.* 43. *ff. de contr. empt.* At humanitati *d. l.* 2. cauſam dedit iniquitas læſionis. Atque hinc ſimul

remo-

removetur & tertia ratio: nam etſi *d. l.* 2. non fundatur in dolo vel errore, fundatur tamen in injuria ſive iniquitate, quæ nulla eſt adverſus ſcientem & conſentientem. *l. nemo.* 145. *ff. de reg. jur.* Quod vero regerunt, hoc tantum pertinere ad tollendam actionem de dolo, vel injuriarum, id cum locis ſupra citatis tam manifeſte pugnat, ut vel tyro id animadvertere queat. Nihil præſidii habent in exemplo quod afferunt ſocietatis leoninæ, id eſt, ex qua quis damnum tantum, non etiam lucrum aut partem lucri expectat: nam lucri communio ita naturalis eſt ſocietati, ut ſine ea nequeat ſocietas conſiſtere. Quod ſi forte putaverint, ne valere quidem conventionem de inæqualibus lucri partibus in ſociorum æquali collatione, hallucinati ſunt, eumque errorem confutavimus *ſupra c.* 52. Ac tametſi in ſocietate id placeret propter naturam ſocietatis, quæ æqualitatem deſiderat, & jus quodammodo fraternitatis in ſe habet. *l. verum.* 63. *pr. ff. pro ſoc.* non continuo id trahendum eſſet ad venditionem aut alios contractus: alioqui ipſo jure nulla eſſet venditio, quando pretium non per omnia proportione reſponderet rei venditæ, nec unquam liceret contrahentibus, quod pluris eſt, minoris emere; quod minoris, pluris vendere, & ita naturaliter invicem ſe circumſcribere, contra *l. item ſi.* 22. §. *ult. ff. locat. l. in cauſa.* 16. §. *idem Pomponius.* 4. *ff. de minorib.* Quod ſecundo loco allegant, admiſſa noſtra eademque communi ſententia futurum, ut rariſſime huic beneficio ſit locus, eo quod venditor præſumatur non ignorare pretium ſuæ, ex *l. quiſquis.* 15. *C. de reſc. vend.* male huc accommodatur: quia ea lex diſerte loquitur de venditione paulo viliori pretio facta; neque hoc dicit præſumi ſcire venditorem, ſed debere ſcire vires & merita rei familiaris: cujus tamen ignorantiæ ignoſcitur, ſi ultra dimidium læſus eſt. Poſtremo nec in neceſſitate venditoris rem ſuam

urgen-

Digitized by Google

urgente debito diſtrahentis contraria opinio fundari poteſt: id enim repugnat aperto textui in *l. non idcirco. 12. C. de reſc. vend.*

C A P. LVII.

An locus ſit beneficio l. 2. C. de reſc. vend. *in tranſactione?*

Beneficium quod venditori, qui rem minoris dimidia juſti pretii vendidit, tribuitur. *l. 2. C. de reſc. vend.* ex adverſo etiam emptori, qui duplo plus dedit, quam accepit, dandum eſſe, facile admiſerim cum interpretibus contra Cujacium *lib. 16. obſ.* 18. Quin etiam ad alios contractus venditioni ſimiles humanitatem conſtitutionis transferendam eſſe, veluti locationem, permutationem, familiæ aut rerum diviſionem, ſi quis duplo plus dederit, quam accepit, aut duplo minus acceperit, quam dedit. Neque enim perſonæ beneficium eſt, ſed cauſæ, hoc eſt, non tribuitur perſonæ venditoris, ſed læſioni; quia læſus, non quia venditor. Quibus autem in cauſis eadem plane ratio eſt, in his idem jus ſtatui oportet, eſtque hæc communis uſuque forenſi recepta ſententia. Anceps autem & necdum communi conſenſu terminata quæſtio eſt, an legis hujus beneficium ob enormem læſionem etiam producendum ſit ad tranſactionem; puta ſi quis dicat ſe duplo minus ex cauſa tranſactionis accepiſſe, quam ei debebatur, aut quam in petitionem deduxerat. Non una autem ratio me impellit, ut in eorum inclinem ſententiam, qui id negandum putant. Primum illud me movet, quod tranſactio comparata eſt ad lites finiendas. *l. fratres. 12. C. de Tranſact.* ſicut & jusjurandum, cui tranſactio æquiparatur. *l. 1. & l. 2. ff. de jurejur.* Unde conſequens eſt, ut quemadmodum dato jurejurando non aliud quæritur, quam an juratum ſit, omiſſa quæſtione, an debeatur. *l. 5. §. 2. ff. de*

Digitized by Google

ff. de jurejur. ita quoque lite tranſactione bona fide ſopita, nihil amplius quæri debeat, quam an tranſactum ſit: ne alioqui remedium finiendis litibus comparatum, earundem fiat ſeminarium: in quam rem & textus eſt notabilis in *c. 1. ext. de tranſact.* Nec aliam rationem habere credo, quod placuit ne principali quidem reſcripto litem tranſactione legitima finitam reſuſcitari oportere. *l. cauſas.* 16. *C. de tranſact.* Sed nec minorem auctoritatem habet tranſactio, quam res judicata. *l. non minorem.* 10. *C. de tranſact.* At vero res judicata prætextu læſionis, licet immodicæ non reſcinditur. *l. 4. C. de re jud.* Et porro ſicut ex cauſa judicati ſolutum non repetitur condictione indebiti. *l. 1. C. de cond. indeb.* ita nec ſolutum ex cauſa tranſactionis, etſi debitum non fuerit. *l. in ſumma.* 65. §. 1. *ff. de cond. indeb. l. 6. C. de jur. & fact. ign.* Quid quod pecunia, quæ tranſactionis cauſa datur, non datur tanquam in præteritum debita; ſed ob cauſam futuram, ne aliquid ſequatur. *l. nec intentio.* 23. *C. de tranſact.* quod apprime notandum eſt. Et magna ſatis cauſa juſtaque eſt, cur detur, nempe ut à lite diſcedatur. *d. l. in ſumma.* §. 1. *ff. de cond. indeb.* Gallorum proverbium eſt, *Il gaigne aſſez, qui ſe met hors de procez.* Adhæc nec ob reperta poſtea inſtrumenta tranſactio reſcinditur. *l. ſub prætextu.* 19. *C. de tranſact.* At quæ juſtior cauſa læſionis, aut quæ gravior læſio? Poteſt enim inſtrumentum oſtendere jus integrum & liquidum, quod forte accepta decima parte remiſſum ſit. In *l. Lucius Titius.* 78. §. *ult. ff. ad ſenat. Trebell.* proponitur caſus à Scævola, quo reperta ſunt inſtrumenta, ex quibus apparuit quadruplo amplius in hereditate fuiſſe, quam heres fiduciarius ex cauſa fideicommiſſi reſtituerat: & tamen negat Scævola, ſi tranſactio intervenerit, amplius fideicommiſſi nomine peti poſſe. Non poteſt hic locus intelligi de tranſactione interpoſita poſtquam jam inſtrumenta reper-

reperta eſſent, quomodo à nonnullis accipitur: alioqui non tranſactio ea, ſed gratuita pactio & liquidi juris remiſſio eſſet. Ponamus vero poſtea tranſactum eſſe, an ideo minus audiendus, qui cauſabitur enormem læſionem? Adde quod apud Scævolam non illud quæritur, an reſcindenda ſit tranſactio propter inſtrumenta poſtea reperta, ex quibus apparuit quadruplo amplius in hereditate fuiſſe, quam reſtitutum erat: ſed illud tantum, an in reliquum fideicommiſſi nomine heres conveniri queat? Unde intelligimus tanto minus tranſactionem bona fide interpoſitam prætextu læſionis reſcindi oportere, cum ne id quidem Scævola admittat, ut ſi tranſactum ſit, in reliquum fideicommiſſi nomine heres conveniatur, Etenim tranſactione reſciſſa omnia in priſtinum ſtatum reſtituuntur: ſecus vero eſt, cum in reliquum duntaxat actio conceditur.

Unus locus eſt qui huic ſententiæ objici ſolet, nempe *l. ſi ſuperſtite. 5. C. de dol.* ubi filiæ emancipatæ, quæ cum patre ſuper cauſa geſtæ tutelæ bona fide tranſegerat, ob immodicam læſionem actio in factum adverſus patrem datur. Ego vero non video, qua ratione ex iſto loco colligi poſſit, tranſactionem bona fide ab utraque parte interpoſitam ſolo læſionis prætextu poſſe reſcindi. Aiunt Imperatores, ſi filia immodice læſa fuerit ex liberatione quæ tranſactionem ſecuta ſit, novatione & acceptilatione ſollenniter interpoſita, ei non quidem actionem de dolo propter paternam reverentiam, ſed in factum actionem tribuendam eſſe. Hic igitur locus de aſio caſu accipi non poteſt, quam quo immodica illa læſio intervenerit dolo patris, per fraudem liberatione filiæ expreſſa, & nimirum quo caſu ſi adverſus extraneum ageretur, de dolo competeret actio. Dolum legibus vindicari nemo negat: cæterum & illud in confeſſo eſt de dolo agi non poſſe, niſi cum eo in cujus perſona dolus arguitur. Nam cum hæc actio

ſit

ſit in perſonam ſimpliciter, non in rem ſcripta, atque adeo famoſa (quam ob cauſam nec inter extraneos competit, ſi de ea re alia ſit actio. *l.* 1. §. *pen. & ult. ff. de dol. mal.* nec inter patrem & liberos, etiam ſi alia actio non ſit. *l. non debet.* 11. *ff. eod.*) non aliter dari poteſt, quam ſi perſona deſignetur, cujus dolo malo factum ſit. *l. ſed et.* 15. §. *ult. ff. eod.* nunquam alio colore, aut læſionis quantæcunque obtentu. Nam quod enormiſſima, ut à pragmaticis vocatur, læſio; verbi gratia, quæ ultra beſſem ſit, dolum re ipſa inducat, paremque cum dolo ex propoſito vim habeat, commentum eſt interpretum in *l. ſi quis.* 36. *ff. de verb. oblig. vid. Ant. Fabr. Cod. ſuo forenſ. tit. de tranſact. defin.* 3. Cur igitur conſtitutio objecta requirit læſionem immodicam? Reſpondeo, id non debet interpretationem recipere ex *l.* 2. *C. de reſc. vend.* quippe cum dolus non ex quantitate damni, ſed ex qualitate facti æſtimetur. *l. dolus.* 10. *C. eod. tit.* nec unquam eſſe poſſit ἄνευ ἀνασκευάζειν. *l.* 1. §. 1. *ff. de dol. mal.* ſed ideo adjectum eſt, quoniam ſi modica tantum læſio interveniret, non facile adverſus partem actio illa in factum ſubſidiaria actionis de dolo daretur: quemadmodum nec dari ſolet ipſa actio de dolo ob modicam ſummam adverſus alium quemlibet. *l. ſi quis* 9. §. *ult. cum. l. ſeq. ff. de dol. mal.* ut bene *Ant. Fab. dec.* 8. *err.* 10. *Schifordig. lib.* 2. *tract.* 25. ferè per tot. Porro ratio cur actori qui tranſegit, beneficium hoc concedendum non ſit, ſita eſt in dubio litis eventu. Quid enim? forte ei non debebatur quod petebat. Et dato debitum fuiſſe quod petebatur, fortaſſe tamen probare non poterat: aut propter impenſas dubium litis eventum noluit expectare. Quæ autem certa erit rei tam incertæ æſtimatio? Quæ dubia ſunt, ea certam æſtimationem non recipere ait Ulpianus in *l. quemadmodum.* 29. §. 3. *ff. ad leg. Aquil.* Imo vix eſt ut ratione comprehendi queat cer-

ta dubii litis eventus æſtimatio. Fatemur dubium eventum æſtimari poſſe. *l. propter.* 23. *ff. famil. erciſc. l. ſi jactum.* 12. *ff. de act. empt. l.* 11. *ff. de hered. vend.* ſed negamus dubii eventus certam poſſe conſtitui æſtimationem. *d. l. quemadmodum.* §. 3. *l. quod debetur.* 51. *ff. de pecul.* ut proinde nec certa læſio dici poſſit, quæ ex hujuſmodi eventus dubii æſtimatione inducatur; cum tamen certam eſſe læſionem oporteat, & quidem inſpecto præciſe tempore contractus, ut huic remedio ſit locus. Atque hanc eandem ob cauſam recte defenditur nec locum habere idem remedium in venditione hereditatis aut nominis, cum nec evictio hic præſtetur. *l.* 8. §. 1. *ff. de contr. empt. l.* 2. §. 3. *l.* 4. *l.* 11. *qui filiifa.* 14. §. 1. *ff. de her. vend. l. ſi plus.* 74. §. *ult. ff. de evict. l.* 1. *C. eod.* In reo autem tranſigente prima facie videri poteſt omnino non eſſe locum huic quæſtioni quippe cum nemo plus dare ſoleat, quam ab eo petitur: ſed tamen & in reo tranſigente poteſt locum habere: nam etſi nemo plus ſolvit, quam ab eo petitur: attamen dicere poteſt, ſe nihil aut duplo minus quam dedit, debuiſſe, & nihilominus ad vitandam litem tantam ſe ſummam dediſſe. Cæterum nec reo hoc caſu remedium. *d. l.* 2. *C. de reſc. vend.* tribuendum erit. Nam cum eodem caſu ceſſet condictio indebiti, *l. in ſumma.* 65. §. 1. *ff. l.* 2. *C. de cond. ind. l.* 6. *C. de jur. & fact. ign.* quæ & ipſa ex humanitate bonoque & æquo introducta eſt. *l. pen. ff. de cond. indeb.* utique & ceſſare debet remedium. *d. l.* 2. Non me latet Pinellum ad *d. l.* 2. *p.* 1. *c.* 3. *n.* 5. bonamque cum eo partem interpretum beneficium *d. l.* 2. porrigere ad quoſcunque contractus, etiam ſtricti juris, atque adeo ad ipſam quoque tranſactionem. Sed profecto beneficium contra communes regulas juris in bonæ fidei contractibus ex humanitate conceſſum, haud temere ad ſtricti juris judicia producendum eſt: utique ad tranſactionem nequaquam,

quæ

quæ ad liberationem & lites ſopiendas comparata eſt: quamvis id quoque faciat idem Pinellus *ibid. n.* 10. audaci ſane, ut mihi videtur, interpretatione, & multarum litium ſemina continente. *vid. Andr. Gail.* 2. *obſ.* 70. *Damboud. prax. civ. c.* 200. *n.* 6. *& ſeqq. Fachin.* 2. *contr.* 26. *Diod. Tulden. ad tit. C. de reſc. vend. n.* 5. *Ant. Fab. dec.* 8. *err. pragm.* 10. *Don. in d. l.* 2. *C. de reſc. vend. n.* 22. *Perez ad d. tit. C. n.* 14.

AR-

ARNOLDI VINNII, JC.

SELECTARUM JURIS QUÆSTIONUM

LIBER II.

CAPUT I.

Si conductor caſus fortuitos in ſe ſuſceperit, an id quoque ad caſus inſolitos pertineat?

CERTUM eſt caſus fortuitos nullo in judicio præſtari, ac ne in commodati quidem. *l. 5. §. quod vero. 4. ff. commod. l. 1. §. & ille. 4. ff. de oblig. & act. §. 2. Inſt. quib. mod. re contr. obl. l. contractus. de reg. jur. l. 6. C. de pign. act.* quo poſtremo loco verba illa, *in nullo bonæ fidei judicio,* non ſunt adjecta ad excludenda judicia ſtricti juris. *l. ſi ex legati. 23. ff. de verb. oblig. l. 5. ff. de reb. cred.* ſed addita propter eos contractus bonæ fidei, in quibus ſolius debitoris utilitas verſatur, cujus generis eſt commodatum: nam ſi in commodato non præſtatur caſus fortuitus, multo

multo

Digitized by Google

multo minus illic præſtari debet, ubi ſolius creditoris commodum vertitur, quamvis contractus ſit ſtricti juris. Conductor autem ex natura contractus (quippe in quo tam locatoris quam conductoris utilitas vertitur) ne quidem de omni culpa tenetur, ſed de levi duntaxat. *d. l.* 5. §. 2. *ff. commod. l.* 3. §. 1. *ff. naut. caup. ſtabul. l. in navem.* 31. *in fin. ff. locat.* tantum abeſt, ut de vi majore & caſu teneatur. *l. ſi merces.* 25. §. *vis major.* 6. *ff. locat. de l. contractus. de reg. jur.* Cæterum natura contractus conventione contrahentium mutari poteſt. Finge conveniſſe ut in depoſito culpa quoque præſtaretur, aut in commodato dolus tantum, nec plus, nec minus, quam placitum eſt præſtabitur: quamvis alias in illo dolus duntaxat, in hoc etiam omnis culpa præſtetur. *l.* 5. §. 2. *&* §. *interdum.* 10. *ff. commod. l.* 1. §. *ſi convenit.* 6. *ff. depoſ. l.* 1. *C. eod. d. l. contractus. de reg. jur.* Sed & ſi in negotio gerendo conventio interpoſita ſit de caſu præſtando, ſcilicet ut debitorem damna fatalia ſequantur, rata eſt conventio: contractus enim legem à conventione accipiunt, excepto ſi placueris, ne dolus præſtetur. *d. l. contractus. d. l.* 1. §. *illud.* 7. §. *ſæpe.* 35. *depoſ. l.* 6. *C. de pign. act.* Quamobrem & ſi quis ita fundum locaverit, ut ſi quid caſu fortuito ſive vi majore accidiſſet, hoc ei præſtaretur, pacto ſtandum eſt. *l. ſi quis.* 9. §. 2. *ff. locat.* Eſt autem caſus fortuitus id omne quod humano captu prævideri non poteſt, aut cui præviſo non poteſt reſiſti. *l. in rebus.* 18. *pr. ff. commod. l. ex conducto.* 15. §. 2. *ff. locat. l.* 1. §. 4. *ff. de oblig. & act. l.* 6. *C. de pign. act.* Igitur hoc certi juris eſt, ſi convenerit, ut conductor etiam caſum fortuitum præſtet, conventionem valere, damnumque improviſo caſu contingens conductorem ſequi. Illud autem adhuc quæritur, an hujuſmodi conventio etiam pertineat ad caſus inſolitos, id eſt, an conductor in ſe recipiens caſus fortuitos, recepiſſe etiam intelligatur

tur

Digitized by Google

tur caſus inſuetos & raro admodum contingentes. Bartolus in *l. 4. §. pen. ff. ſi quis caut. jud. ſiſt.* & in *l. fiſtulas. 78. §. ult. ff. de contr. empt.* id negat, quem ſequitur *Mantica lib. 5. de tac. & ambig. conv. c. 8. Gail. 2. obſ. 23. n. 18. & vulgò DD.* nimirum diſtinguunt illi inter caſus fortuitos ſolitos ſive communiter contingentes, & inſolitos ſeu qui præter conſuetudinem eveniunt, ut illorum quidem damnum conductor ex conventione præſtare teneatur, horum autem neutiquam, quaſi de iis cogitatum non eſſet. Sed mirum eſt profecto hanc ſententiam cuiquam probari potuiſſe: cum eventus inſolitus vel maxime contineatur appellatione caſus fortuiti, & fere ſolus etiam ſecundum ipſius Bartoli definitionem in *d. l. fiſtulas. 78. §. ult.* ubi cum dixiſſet eum qui in ſe ſuſcipit caſum fortuitum, teneri de caſibus communiter contingentibus, mox imprudens ſibi contradicit, dum ait: caſus fortuitus intelligitur inopinatus, non ex conſuetudine eveniens, cum tamen quæ communiter contingunt, ex conſuetudine contingant. Nec fieri aliter potuit. Nam cum Bartolus in *d. l. 4. §. pen. ff. ſi quis caut. jud. ſiſt.* ſententiam ſuam, nempe conventione de præſtando caſu fortuito interpoſita non intelligi caſum inſolitum, firmaſſet auctoritate Labeonis in *d. l. fiſtulas. §. ult. ff. de contr. empt.* ubi ad hujus textus explicationem venit, neceſſe fuit, ut aut incaute ſibi contradiceret, aut ſententiam ſuam mutaret, adeo perſpicue ibi caſui fortuito adſcribuntur inſolita, & quidem inſolita tantum, non etiam quæ ſecundum conſuetudinem eveniunt. Verba Labeonis hæc ſunt. *Si frumenta quæ in herbis erant, cum vendidiſſes, dixiſti, te, ſi quid vi aut tempeſtate factum eſſet, præſtaturum, ea frumenta nives corruperunt; ſi immoderatæ fuerunt & contra conſuetudinem tempeſtates* (ita lego, *non tempeſtatis*, cum Salmaſio *c. 24. ad jus Attic.*) *agi tecum ex empto poterit.* Locus hic minime obſcurus

eſt, ſed planus, ſi ullus alius. Notum eſt emptione perfecta, id eſt, ſimul atque de pretio convenit, periculum rei venditæ ſtatim ad emptorem pertinere, tametſi res emptori nondum tradita ſit: venditorem autem ex natura contractuum, qui utriuſque gratia fiunt, præter dolum & culpam nihil præſtare. §. 3. *Inſt. de empt. & vend. l. 8. pr. ff. de per. & commod. rei vend.* & ſexcentis ſimilibus locis. Ergo in ſpecie à Labeone propoſita, ſi venditor nominatim caſus forte eventuri periculum in ſe non ſuſcepiſſet, nullam emptor cum eo actionem habuiſſet de frumento immoderata nive corrupto. At recepta in ſe caſus fortuiti præſtatione, de eo quod tempeſtate contigit, ex conventione tenetur, ſi modo tempeſtas inſolita fuit, & præter morem cœli regionis ſæviit: aut ut ipſe Labeo ait, ſi ideo frumenta corrupta, quia tempeſtates immoderatæ & contra conſuetudinem fuerunt, quaſi quod vulgo & ex conſuetudine fit, pro caſu fortuito non ſit habendum. Quam ob cauſam ſatis mirari nequeo, quod Bartolus & paſſim alii firmamentum ſententiæ ſuæ petant ex eo loco, qui eam tam aperte deſtruit. Cæterum ſunt alia loca, quæ Bartoli ſententiam probabilem faciunt, aut ſaltem prima ſpecie facere videntur. Primus locus eſt *l. Sejo.* 10. §. 1. *ff. de ann. leg.* ubi Papinianus ex facto de hujuſmodi ſpecie conſultus, *Medico Sempronio, quæ viva præſtabam, dari volo*, reſpondet, ea videri relicta, quæ certam formam erogationis annuæ, non incertam liberalitatis voluntatem habuerunt. Ad quem locum Bartolus notat, dictum generale ad extraordinaria non referri. Sed nullam ſimilitudinem hæc ſpecies habet cum quæſtione propoſita. Tale enim legatum, *Quæ viva medico præſtabam*, &c. non niſi ad certam quantitatem erogationis annuæ referri poteſt, quia inſtar honorarii ſeu ſtipendii annui medico id relinquere teſtatrix voluit: ac proinde nec videri poteſt teſtatrix ſenſiſſe

de

de iis quæ ex occaſione & quaſi fortuita liberalitate ſemel atque iterum in vita præſtiterat: quippe circa quæ legatum non potuit conſiſtere, utpote incertum, & quod nullo eventu ad certitudinem aliquam redigi poſſet: quia nimirum quæ extra ordinem & ex occaſione καὶ τύχῃ ἴσως dedit, ea non ἐκ προαιρέσεως aut perpetuæ voluntatis deſtinatione profecta fuerunt. Secundo, pro eadem ſententia affertur textus in *l. 4. §. pen. ff. ſi quis caut. jud. ſiſt.* ubi Juriſconſultus negat valere renuntiationem exceptionum, quæ contra vadimonium deſertum excuſent, niſi cauſæ exceptionum ſpecialiter fuerint expreſſæ. Reſpondeo, & illud diſſimile eſt: Nam qui caſum fortuitum in ſe recipit, ipſa nominis vi admonente cogitat etiam de inſolitis, ſaltem in genere. At vero, qui exceptioni omni renuntiat, non cenſetur cogitaſſe de iis cauſis, quæ de novo forte emerſuræ ſunt, ſed tantum de iis quæ tunc cognitæ erant: & quia verba renuntiationis non reſpiciunt ad id de quo cogitatum non fuit, nec eo trahi debent; cum è converſo caſus fortuitus vel maxime pertineat ad inopinata, ut bene & docte *Diod. Thulden. ad Cod. tit. de locat. n.* 11.

Cætera quæ proferunt, minorem etiam ſpeciem habent: quale eſt illud quod in *l. 6. C. de pign. act.* dicitur, ea quæ fortuitis caſibus accidunt, prævideri non poſſe. Nam etſi prævideri non poſſunt, nec averti, poſſunt tamen præcogitari; & qui eos in ſe ſuſcipit, inſolitos quoque præcogitat, ut proinde de iis quoque in genere actum videatur. Tale quoque eſt quod de procuratore univerſorum bonorum afferunt, nempe etſi is facere poteſt ea quæ dominus facere ſolitus erat, non poſſe tamen facere quæ dominus facere non conſuevit. *l. vel univerſorum.* 12. *ff. de pign. act. l. qui ſemiſſes.* 13. §. 1. *ff. de uſur.* Etenim mandati fines diligenter ſunt cuſtodiendi, ne quid fiat contra aut præter intentionem mandantis.

Digitized by Google

eſt, ſed planus, ſi ullus alius. Notum eſt emptione perfecta, id eſt, ſimul atque de pretio convenit, periculum rei venditæ ſtatim ad emptorem pertinere, tametſi res emptori nondum tradita ſit: venditorem autem ex natura contractuum, qui utriuſque gratia fiunt, præter dolum & culpam nihil præſtare. §. 3. *Inſt. de empt. & vend. l. 8. pr. ff. de per. & commod. rei vend.* & ſexcentis ſimilibus locis. Ergo in ſpecie à Labeone propoſita, ſi venditor nominatim caſus forte eventuri periculum in ſe non ſuſcepiſſet, nullam emptor cum eo actionem habuiſſet de frumento immoderata nive corrupto. At recepta in ſe caſus fortuiti præſtatione, de eo quod tempeſtate contigit, ex conventione tenetur, ſi modo tempeſtas inſolita fuit, & præter morem cœli regionis ſæviit: aut ut ipſe Labeo ait, ſi ideo frumenta corrupta, quia tempeſtates immoderatæ & contra conſuetudinem fuerunt, quaſi quod vulgo & ex conſuetudine fit, pro caſu fortuito non ſit habendum. Quam ob cauſam ſatis mirari nequeo, quod Bartolus & paſſim alii firmamentum ſententiæ ſuæ petant ex eo loco, qui eam tam aperte deſtruit. Cæterum ſunt alia loca, quæ Bartoli ſententiam probabilem faciunt, aut ſaltem prima ſpecie facere videntur. Primus locus eſt *l. Sejo.* 10. §. 1. *ff. de ann. leg.* ubi Papinianus ex facto de hujuſmodi ſpecie conſultus, *Medico Sempronio, quæ viva præſtabam, dari volo*, reſpondet, ea videri relicta, quæ certam formam erogationis annuæ, non incertam liberalitatis voluntatem habuerunt. Ad quem locum Bartolus notat, dictum generale ad extraordinaria non referri. Sed nullam ſimilitudinem hæc ſpecies habet cum quæſtione propoſita. Tale enim legatum, *Quæ viva medico præſtabam*, &c. non niſi ad certam quantitatem erogationis annuæ referri poteſt, quia inſtar honorarii ſeu ſtipendii annui medico id relinquere teſtatrix voluit: ac proinde nec videri poteſt teſtatrix ſenſiſſe de

de iis quæ ex occaſione & quaſi fortuita liberalitate ſemel atque iterum in vita præſtiterat: quippe circa quæ legatum non potuit conſiſtere, utpote incertum, & quod nullo eventu ad certitudinem aliquam redigi poſſet: quia nimirum quæ extra ordinem & ex occaſione κỳ τύχην ἴσως dedit, ea non ἐκ προ-θέσεως aut perpetuæ voluntatis deſtinatione profecta fuerunt. Secundo, pro eadem ſententia affertur textus in *l. 4. §. pen. ff. ſi quis caut. jud. ſiſt.* ubi Juriſconſultus negat valere renuntiationem exceptionum, quæ contra vadimonium deſertum excuſent, niſi cauſæ exceptionum ſpecialiter fuerint expreſſæ. Reſpondeo, & illud diſſimile eſt: Nam qui caſum fortuitum in ſe recipit, ipſa nominis vi admonente cogitat etiam de inſolitis, ſaltem in genere. At vero, qui exceptioni omni renuntiat, non cenſetur cogitaſſe de iis cauſis, quæ de novo forte emerſuræ ſunt, ſed tantum de iis quæ tunc cognitæ erant: & quia verba renuntiationis non reſpiciunt ad id de quo cogitatum non fuit, nec eo trahi debent; cum è converſo caſus fortuitus vel maxime pertineat ad inopinata, ut bene & docte *Diod. Thulden. ad Cod. tit. de locat. n.* 11.

Cætera quæ proferunt, minorem etiam ſpeciem habent: quale eſt illud quod in *l. 6. C. de pign. act.* dicitur, ea quæ fortuitis caſibus accidunt, prævideri non poſſe. Nam etſi prævideri non poſſunt, nec averti, poſſunt tamen præcogitari; & qui eos in ſe ſuſcipit, inſolitos quoque præcogitat, ut proinde de iis quoque in genere actum videatur. Tale quoque eſt quod de procuratore univerſorum bonorum afferunt, nempe etſi is facere poteſt ea quæ dominus facere ſolitus erat, non poſſe tamen facere quæ dominus facere non conſuevit. *l. vel univerſorum.* 12. *ff. de pign. act. l. qui ſemiſſes.* 13. §. 1. *ff. de uſur.* Etenim mandati fines diligenter ſunt cuſtodiendi, ne quid fiat contra aut præter intentionem mandantis.

Digitized by Google

tis. *l.5.ff. mand.* Generale autem mandatum, etſi verbis omnem adminiſtrationem continet, non continet tamen ſententia mandantis, quippe quem credibile non eſt ea mente fuiſſe, ut quid procuratori ſuo facere permiſerit, quod ipſe facere non conſuevi:: & alias ſatis notum eſt, generali mandato non intelligi ea contineri, quæ quis veriſimiliter mandaturus non fuerat, ſed ſpeciale mandatum in his requiri; qualia ſunt cauſa famæ, reſtitutio in integrum, tranſactio, &c. *l. non ſolum. 39. §. ult. & l. ſeq. l. mandato. 60. ff. de procur. l. illud. 25. §. 1. ff. de minorib.* Poſtremo, ejuſdem generis eſt, quod colligunt ex *l. qui occidit. 30. §. 3. verſ. at ſi omnia. ff. ad leg. Aquil.* ubi Paulus ait, eum culpa carere, qui omnia quæ oportuit, obſervavit, & ſubita vis venti longius ignem produxit. Nihil enim ibi de caſu fortuito præſtando actum eſt, ac proinde nec præſtari caſus fortuitus debet, nec magis inſolitus, quam qui crebrius evenire ſolet. *l. contractus. in fin. ff. de reg. jur.* eodemque modo reſpondendum ad *l. ſi putator. 31. ff. ad leg. Aquil.* & ad *l. ſi quis fumo. 49. §. 1. ff. eod.* ubi Ulpianus ſcribit, damnum injuria dediſſe non intelligi eum, qui magna vi cogente dedit, veluti qui alienas ædes medias dejecit, ne incendium ad ſuas ædes perveniret: qui textus eſt notabilis. Ita ferme & *Pauſchman. lib. 1. quæſt. paſt. cap. 6. & 7. Fachin. lib. 1. contr. c. 86. Diod. Thulden. ubi ſupra.*

CAP. II.

An emphyteuta donatione vel permutatione alienare poſſit emphyteuſin inconſulto domino?

CONtractus emphyteuticus originem traxiſſe videtur ab incultis & ſterilibus agris, qui, quod colonum non reperirent, propter ſumptus quos in illo-

Digitized by Google

illorum cultura & inſitione, ſive, ut nunc loquuntur, melioratione, fieri neceſſe erat, in perpetuum, aut certe in longiſſimum tempus habendi & fruendi tradi cœperunt, ea lege, ut agri illi colerentur & conſererentur, idque modica penſione annua, quæ veri domini memoriam conſervaret: quanquam poſtea etiam agri cultiſſimi & fertiliſſimi eadem fere conditione locari cœperint. Eſt igitur jus emphyteuticum ſeu emphyteuſis jus perpetuarium, quo quis agro alieno tanquam alter quidam dominus utitur ac fruitur ſub lege certæ annuæ penſionis in recognitionem directi dominii præſtandæ. Non ſolum autem jus utendi fruendi per conſtitutionem emphyteuſios emphyteuta acquirit, ſed etiam jus emphyteuſin oppignerandi. *l. lex vectigali.* 31. *ff. de pignor.* ſervitutem prædio imponendi. *l.* 3. §. *ult. ff. de ſuperfic.* jus vendendi, donandi, permutandi & quoquo modo in alium transferendi. *l.* 3. *C. de jur. emphyt.* unde eſt, quod emphyteutæ interdum domini vocantur. *l.* 2. *l.* 4. *C. de div. præd. urban. & ruſt. templ.* Et quidem Zenonis tempore alienatio emphyteuſios non tantum licita cuilibet fuit, ſed etiam libera. *l.* 1. *ff. ſi ag. vectig.* §. 3. *Inſt. de locat. l.* 1. *C. de fund. patrimon. lib.* 11. At lege Juſtiniani id jus nonnihil imminutum. *l.* 3. *C. de jur. emphyt.* cujus hæc ſumma eſt, ut ſi inter dominum & emphyteutam in ipſo contractu de alienatione nihil convenerit, (nam conventionem omnimodo ſervari vult) liceat quidem emphyteutæ jus ſuum in alium transferre, ſed certis conditionibus, quarum prima eſt, ut, ſi id vendere velit, domino illud denuntiet, eique offerat προτίμησιν ſeu emendi prærogativam. Non requiritur ergo conſenſus domini, ut vendere liceat, ut male plerique putant: verum ut ipſi potius, quam alii vendatur: ac proinde hæc non tam eſt requiſitio conſenſus domini, quam ſimplex certioratio. Secunda eſt, ut novus emphyteuta

teuta à domino in poſſeſſionem inducatur, ſeu, ut nunc vulgo loquuntur, inveſtiatur. Tertia & poſtrema, ut dominus pro admiſſione & ſubſcriptione ac depoſitione (cujus forma in *d. l.* 3.) accipiat honorarium vel laudemium, nempe quinquageſimam partem pretii, ſi vendatur, vel æſtimationis fundi, ſi per aliam conventionem, puta donationem vel permutationem, res fuerit alienata. Et duo quidem poſteriora, nempe inductio ſeu inveſtitura, & perceptio honorarii, obtinent in omni alienatione. At non ſatis expeditum eſt, an in caſu donationis & permutationis eadem quoque denuntiatio, quæ in venditione requiritur, intervenire debeat, & hic etiam ſimilis prærogativa domino competat, non utique in hoc, ut, ſi emphyteuta rem alteri donare velit, dominus poſtulare poſſit, ut ſibi donetur, quod aperte iniquum eſt: aut ſi permutare cum alio emphyteuta cupiat, teneatur domino offerre permutandi prærogativam, quod & ipſum ſine manifeſta injuria emphyteutæ conſtitui non poteſt. Sed an emphyteuta priuſquam donet aut permutet, dominum certiorare debeat, ſe id facere velle, & ſic etiam offerre domino ſi velit, poteſtatem emendi; ſive an dominus poſſit æſtimationem ſolvendo ſic etiam rem ad ſe revocare. Reſpondeo, ne hoc quidem admittendum eſt, tum reſpectu donantis emphyteutæ, qui forte, dum alium obligare & remunerare vult, ſimul vult extare monumentum liberalitatis ſuæ & manere in ſui memoriam: tum reſpectu donatarii, cui fortaſſis gratior eſſet & acceptior agellus emphyteuticarius, quam alterum tantum pecuniæ aut valoris, & qui forte ne dignaretur quidem pecuniam accipere. Et quid ſi emphyteuta prædium ſuum alicui legaverit, (poteſt enim & hoc facere. *l. ſi domus.* 71. §. *ult. ff. de legat.* 1. *l. in conventionibus.* 219. *ff. de verb. ſign.*) & id fecerit indulgens affectui amici ſui, an & hic dominus oblato pretio legatarium

rium fundo ſibi legato privare poterit contempta voluntate defuncti? atqui legare eſt donare. Aut quid ſi emphyteuta heredem teſtamento inſtituerit, an & hic idem domino licebit? In permutatione vero ſi hoc admittamus, fruſtrabitur emphyteuta deſiderio ſuo & fine cupito, nempe eo prædio quod ſuo prætulit, & multas ob cauſas præferre potuit. Quid enim ſi alter illud vendere nolit, aut non niſi immodico pretio vendere velit, qui non aliam ob cauſam animum permutandi habuit, quam quod fundum emphyteutæ habere maluit, quam ſuum, ut homines diverſimode afficiuntur. Vendentis autem emphyteutæ plane nihil intereſt, à quo pretium accipiat, à domino, an ab alio: quippe quod ſolum deſiderat, & in quod nulla poteſt cadere affectio. *l. 3. ff. de in lit. jurand.* Hoc itaque poſito, ſupervacuum foret in donatione aut permutatione requirere conſenſum domini, eumve certiorare de donatione aut permutatione facienda ob alium finem, quam ut novum emphyteutam, in quem jus ſuum prior transferre vult, dominus admittat & in poſſeſſionem accepto laudemio ſuſcipiat: hoc autem facere dominus ad denuntiationem emphyteutæ tenetur, niſi in tales perſonas jus transferatur, quæ in contractibus emphyteuticis excipi ſolent, aut non ſunt idoneæ ad ſolvendum emphiteuticum canonem. *d. l. 3. verſ. neceſſitatem autem. C. de jur. emphyt.* Et bene Jaſon animadvertit principium *d. l. 3.* eſſe generale, atque in univerſum ibi prohiberi emphyteutam jus ſuum in alium transferre, hoc ſcilicet fine, ne inſcio & invito domino alius quilibet ac forte non idoneus emphyteuta ſubſtituatur, & ille privetur laudemio: at *verſ. ſed ne hac occaſione.* eſſe ſpecialem, & ad venditionem tantum pertinere, quam ſi facere velit emphyteuta, formam illic præſcriptam ſervare debeat. Arguunt hoc ipſa textus verba, *vendere, comparare, pretium accipere, eandem quantitatem præſtare,*

quæ donationi aut permutationi non conveniunt. Arguunt & ea quæ mox ſequuntur, & quidem evidentiſſime: quod neſcio an ab aliis obſervatum. Nam cum Imperator conſtituiſſet, quid ſpeciatim in contractu venditionis obſervari vellet, nempe atteſtationem meditatæ venditionis domino tranſmittendam eſſe, eique offerendam emendi prærogativam, & ſi deliberaturum ſe dicat dominus, reſponſionem ejus per bimeſtre temporis ſpatium expectandam, tunc definit generaliter, quid emphyteutæ concedendum in omni emphyteuſios alienatione. Et primo quod ad venditionem attinet, ſi dominus neget ſe emere velle, aut per memoratum tempus nihil reſpondeat, tunc liceat emphyteutæ jus ſuum, cui velit, dummodo perſonæ idoneæ, vendere, atque ut dominus neceſſe habeat hunc novum emphyteutam accipere. Deinde, ſi emphyteuta alio modo jus ſuum ad perſonas conceſſas & idoneas tranſponere velit, poſſe hoc eum facere etiam domino inconſulto, nulla nec emphyteutæ impoſita denuntiationis neceſſitate, nec conceſſa domino contradicendi licentia. Utroque autem caſu exigit, ut dominus ipſe novum emphyteutam in poſſeſſionem inducat, & emphyteuta hanc inductionem à domino teſtato petat, dominique de ea re voluntatem per duos menſes expectet; qui ſi novum emphyteutam intra id tempus admiſerit, tum illi pro admiſſione ſua & ſubſcriptione honorarii loco vult tribui quinquageſimam partem pretii, ſi jus emphyteuticum venditum eſt, vel æſtimationis loci, ſi ex alia cauſa tranſlatum. Quod ſi dominus toto eo tempore ſuperſederit novum emphyteutam, alioqui idoneum admittere, tum Juſtinianus ipſi emphyteutæ liberam poteſtatem concedit rem transferendi, novumque emphyteutam inducendi in poſſeſſionem, nihil laudemii nomine, domino relicto, quod alias pro admiſſione conſecuturus

fuiſſet,

fuiſſet. Atque hæc communis interpretum ſententia eſt in *d. l.* 3. quam ſequitur Mantica *lib.* 22. *de tac. & ambig. convent. tit.* 28. *n.* 56. *& ſeqq. & n.* 69. atque ibi citati, *Diod. Thulden. in Cod. d. tit. n.* 8. *Bronchorſt. cent.* 1. *aſſert.* 80. eamque bene & erudite defendit *Donell. lib.* 9. *comm.* 14. Diſſentit ex parte *And. Fachin. lib.* 3. *cont. c.* 97. *& lib.* 6. *c.* 98. Cujus argumentis facile occurri poterit ex iis quæ jam dicta ſunt. Rationes quoque aliorum, qui etiam in caſu donationis & permutationis, emendi prius domino poteſtatem faciendam contendunt, eumve æſtimatione oblata jus habere rem ad ſe revocandi, leviores ſunt, quam ut novam & peculiarem mereantur reſponſionem. Obiter hic noto quibuſdam, nempe curialibus, vetitum eſſe prædia ſua ſine decreto vendere, donare & permutare permiſſum: ex quo apparet, non ſemper à venditione ad donationem licere ἀνασκευάζειν. de quo interpretes ad *l. non debet.* 21. *ff. de reg. jur.* Quatenus noſtris & Gallorum moribus à conſtitutione Juſtiniani in *d. l.* 3. *C. de jur. emphyt.* receſſum ſit, diſce ex *Groenew. tract. de leg. abrog. ad d. l.* 3. *Grot. lib.* 2. *introd. ad juriſpr. Bat. c.* 4. *Mornac. & Autumn. ad d. l.* 3.

CAP. III.

An dominus fundi emphyteutici, poſt elapſum tempus canonem recipiens, videatur renuntiaſſe caducitati?

PRæſtatio canonis ſeu penſionis annuæ pars eſt eſſentialis contractus emphyteutici, & argumentum reſervati dominii, in cujus rei fidem etiam ſolvitur. Quamdiu autem canon ſuo tempore ſolvitur, non licet domino expulſo emphyteuta agrum auferre. *l.* 1. *pr. ff. ſi ag. vect. ſeu emphyt. pet.* §. 3. *Inſt. de locat.* Quod ſi emphyteuta per triennium cano-

Digitized by Google

canonem ſolvere ceſſaverit, tum is jure ſuo, volente domino, cadit, niſi quid ſecus privata pactio ſuadeat. *l. 2. C. de jur. emphyt.* In emphyteuſi eccleſiaſtica ceſſatione biennii jus amittitur. *auth qui rem. C. de ſacroſ. eccleſ.* Quid autem, ſi emphyteuta poſt ceſſationem tanti temporis canonem elapſum domino obtulerit, iſque eum ultro ſine proteſtatione acceperit, an non videri debet dominus hoc ipſo caducitati renuntiare, & ſolventem pro emphyteuta agnoſcere? Et ſiquidem emphyteuta eccleſiæ per biennium in ſolvendo canone ceſſaverit, noviſſima Juſtiniani lege, licentia datur eccleſiæ & præcedentis temporis canonem ab emphyteuta exigendi, & præterea rem emphyteuticam vindicandi, ſive, ut Juſtinianus loquitur, τὸ ἐμφυτευτὴν ἐκβαλεῖν τῆς ἐμφυτεύσεως. *Nov. 120. c. 8.* unde *auth. qui rem. C. de ſacroſ. eccleſ.* Igitur ſi prælatus aut capitulum poſt biennium canonem præteriti temporis exegerint, aut ultro oblatum receperint, ſalvum nihilominus manet eccleſiæ jus emphyteutam expellendi. Cæterum cum hoc conſtitutum ſic ſpeciali favore eccleſiarum & venerabilium domuum, ut apparet ex *d. c. 8. Nov. 120.* nec prælato concedendum, ut jus eccleſiæ ex caducitate quæſitum remittere poſſit; non temere id ad emphyteuſin civilem trahi debet. Imo, quia Juſtinianus id ſpecialiter conſtituit in emphyteuſi eccleſiaſtica, hoc ipſum argumento eſt, noluiſſe eum idem obſervari in emphyteuſi civili, ut proinde hic ſtandum ſit rationi & regulis juris communis. Videamus igitur, quid hic ex ratione juris communis in emphyteuſi civili ſtatuendum ſit. Illud omni dubio caret, quod emphyteuta ob canonem triennio non ſolutum jure ſuo volente domino excidit, etiamſi interpellatus à domino non fuerit. *l. 1. C. de jur. emphyt.* quippe cum dies hic interpellet pro homine, ut vulgo dicitur. *l. 12. C. de contr. & comm. ſtip.* ſed neque moræ hic admittitur purga-

tio: quoniam, ubi pœna & dies adjicitur, mora purgari non poteſt. *l. Celſus. 23. pr. ff. de recept. arbitr. l. 4. §. ult. ff. de leg. commiſſ. l. cum ſtipulatus* 113. *ff. de verb. oblig. l. ad diem.* 77. *ff. eod.* Ratio eſt, quia quod jus parti ſemel quæſitum eſt, ſive lege, ſive propria conventione, id ei auferri non debet. *l. 2. ff. de his qui ſui vel alien. jur. l. 12. ff. de reg jur. Fac. d. l 23. ff. de recept. arbitr.* quanquam emphyteutæ eccleſiæ jure canonico permiſſum moram purgare celeri ſatisfactione. *c. ult. ext. de locat.* forte quia jus ſuum citius amittit: eoque jure & in civili nos uti ſcribit *Grotius lib. 2. introduct. cap.* 40. de quo tamen vide *Chriſtin. vol. 1. deciſ. c. 157. n. 3. Coren. obſ. 22. rer. jud. à ſupr. Holl. ſenat. Groenevv. tract. de leg. abrog. ad d. l. 2.* Cum igitur emphyteuſis (loquimur de civili) non ſoluto per triennium canone ipſo jure in commiſſum cadat, nec cadat tamen niſi volente domino, quod etiam de voluntate tacita accipiendum eſt, eleganter quæritur, an, ſi dominus poſt triennium canonem præteriti temporis oblatum ab emphyteuta ſine proteſtatione acceperit, aut ipſe canonem exegerit, commiſſo renuntiaſſe videatur? Affirmant *Guido Pap. quæſt. 171. Clar. §. emphyteuſis. quæſt. 10. Fachin. 1. contr. 99. Perez. in C. de jur. emphyt. in fin. Ant. Fab. C. eod. defin. 16. Iaſ. late in l. 3. C. d. tit. & D D. comm.* quos etiam ſecutus eſt *Bachov. in Treutl. vol. 1. diſp. 29. theſ. 12.* Negant *Mantica lib. 22. de tac. & ambig. convent. tit. 33. n. 1 & seqq. Bronchorſt. cent. 1. aſſert. 83. D. Thulden. ad Cod. de jur. emphyt. n. 15. Chriſtin. vol. 1. deciſ. 157. n. 8. & ſeq.* Ego priori ſententiæ, ut probabiliori mihi viſæ, ſemper adhæſi, ac ne nunc quidem quicquam muto. Moveor, quod jus commiſſi cum ſit pœnale, facile remiſſum intelligatur, ſicut evenit, cum alia qualibet pœna commiſſa ob non ſoluta ſua die pecuniam, ſors petitur poſt diem, aut cum venditor, qui legem commiſſoriam exerce-

re potuit, pretium petere maluit. *l. pen. ff. de leg. commiſſ.* nimirum in odium pœnarum, quæ ſemper odioſæ, ſive legitimæ ſint, ſive conventionales. *l. ult. ff. de eo quod cert. loc. l. pen. ff. de pœn.* Utique regulariter res ipſa & pœna ſimul peti non poteſt. *l. reſcriptum.* 10. §. 1. *ff. de pact. l. ſi pater.* 12. §. 2. *ff. de pact. dotal. l.* 4. §. *Labeo.* 7. *ff. de dol. mal. except. l.* 4. *C. de pact. int. empt.* nec pœnæ legitimæ & conventionalis ulla hic diverſa ratio eſt, cum utraque adjiciatur, ut debitor magis excitetur ad præſtandum id, ad quod præſtandum ex conventione aut lege obligatus eſt. Perperam autem ad hæc loca & ſimilia reſpondetur, quod pœnalis ſtipulatio per ſe non conſiſtat, ſed acceſſio ſit obligationis principalis, qua ſublata & ipſam tolli neceſſe ſit. Verum enim non eſt, pœnalem ſtipulationem acceſſionem eſſe ejus obligationis cui ſubjicitur: per ſe enim ſubſiſtit. §. *ult. Inſt. de verb. oblig. l. ita ſtipulatus.* 115. *pr. ff. eod.* & valet, etiamſi ſubjecta ſit inutili. *l. ſtipulatio iſta.* 38. §. *alteri.* 17. *ff. eod.* Imo & uſuræ præteritæ, quæ ex ſtipulatione debentur, obligatione ſortis ſublata adhuc peti poſſunt, quia duæ hic ſunt obligationes ſeparatæ. *l. centum Capuæ.* 8. *ff. de eo quod cert. loc. l.* 1. *C. de judic. arg. l. qui per colluſionem.* 49. §. 1. *ff. de act. empt. l.* 4. *C. depoſ.* à contrario ſenſu. Quod autem pœnalis ſtipulatio ſubjecta turpi aut impoſſibili inutilis eſt. *l. ſtipulatio.* 61. *l. ſi homo.* 69. *ff. de verb. obl.* non eam rationem habet, quod ſit acceſſoria aut inutili ſubjecta; ſed quia & ipſa eodem vitio, quo prior, laborat, & pro turpi aut impoſſibili habetur, per *l. aliud eſt fraus.* 131. *ff. de verb. ſign.* de quo fuſe *Donell. ad d. l. ſi homo.* Confirmat hanc noſtram ſententiam *l. Æmilius.* 38. *ff. de minorib.* in verb. *& pretium petendo à lege ſua receſſiſſe.* item *l. Celſus.* 23. *pr.* verſ. *Sin autem oblatum accepit, pœnam petere non poteſt. ff. de recept. arb.* & ſimilis locus eſt in *l. pen. ff. de leg. commiſſ.* Igitur ſi dominus non poteſt

exigere

Digitized by Google

exigere canonem, & ſimul exercere jus caduci, ſive rem vindicare & emphyteutam expellere, etiam recipiendo canonem oblatum, caducitati & rei vindicationi renuntiaſſe videtur. Etenim hoc poſito, quod privatio & expulſio ſit pœna, uti revera eſt, ſi dominus non ignarus emphyteutam jure ſuo cecidiſſe, quo non niſi eo volente cadit, canonem præteriti temporis ſibi oblatum receperit, ſolventem pro emphyteuta agnoſcere, & pœnam remittere intelligitur. Adde quod durum atque iniquum eſt, emphyteutam & jus ſuum atque meliorationes amittere, & nihilominus ad canonem ſolvendum compelli. Quod autem apprime hic notandum eſt, emphyteuta canonem non ſolvens duplici de cauſa jure ſuo privatur: primo, quia penſionis damno dominum affecit; deinde, & quidem præcipue, quod ſe emphyteutam eſſe negare videatur. Utrumque autem hoc vitium purgatur canone poſtea oblato & ultro à domino recepto. Non obſtat, quod quidam objiciunt, canonem ſolvi pro perceptis fructibus pœnam infligi ob ceſſationem. Nam canonis ſolvendi hic principalis finis eſt, ut memoria domini conſervetur, &, ut nunc vulgo loquuntur, ut dominus recognoſcatur: quapropter non tam pro perceptis fructibus quam in recognitionem dominii ſolvitur. Longe alia ratio eſt coloni, à quo, licet ejecto, locator mercedem exacti temporis petere poteſt. *l. colonus. pen. ff. locat.* quoniam merces pro perceptis fructibus debetur & ſolvitur: nec colonus jus aliquod dominio proximum, quod amittat, in fundo habet, impenſaſque utiles, ſi quas fecit, recipit. *d. l. colonus.* nec locator eo expulſo quicquam lucratur aut conſequitur præter poteſtatem alteri rem locandi, quod ſæpe etiam incommodum locatori affert. Aliud quoque juris eſt, cum utrumque debetur & res & pœna, ut in ſpecie *l. 7. §. 1. ff. de cond. furt.* & in emphyteuſi eccleſiaſtica. *Nov. 120. c. 8,*

Digitized by Google

c. 8. item in ſpecie *l. ſi quis major.* 41. *C. de tranſact.* & denique ſi pœna adjecta ſit coercendo contemptui, ut in caſu *l. ſi quis rem.* 30. *ff. de recept. arbitr.* Plane ſi dominus canonem præteriti temporis accipiens proteſtetur ſe non alia lege eum accipere, quam ut ſalvum ſibi maneat jus commiſſi, jus illud adhuc exercere poterit: quoniam proteſtatio conſervat jus proteſtantis. *l.* 4. §. 1. *ff. quib. mod. pign. ſolv.* haud ſecus ac cum inter contrahentes ab initio actum eſt, ut rato manente pacto pœnam exigere liceat. *l. pen. ff. de tranſact.* Neque vero proteſtatio hæc novum jus domino tribuit, ut quidam hinc colligunt, ſed jus expulſionis, quod ante habuit, ei conſervat, cui proteſtationi ſi non contradicat emphyteuta, in eam conſentire videtur. *c. qui tacet. ext. de reg. jur.* Quod ſi dominus cum proteſtatione accipiat canonem futuri temporis, ſive elapſum poſt tempus quo emphyteuſis in commiſſum cecidit, nihil hæc proteſtatio dominum juvabit: quoniam proteſtatio facto contraria nihil operatur *l.* 1. §1. *ff. ſi uſusfr. pet.* Eſt autem actus receptionis canonis in tempus futurum prorſus contrarius juri quæſito: hoc enim ſupponit non eſſe amplius emphyteutam, ille contra adhuc eſſe. Digna mihi viſa fuit hæc quæſtio, quæ paulo accuratius tractaretur, quam apud pleroſque hactenus tractata fuit.

CAP. IV.

An is qui pecuniam credidit ad navem armandam vel reficiendam, tacitum pignus habeat?

CReditorum alii ſunt chirographarii, id eſt, qui citra hypothecam perſonalem tantum actionem habent; alii hypothecarii: & in utroque genere quidam privilegiarii, quidam puri & ſimplices, vel chirographarii vel hypothecarii. Puri chirographarii

rii creditores inter ſe concurrentes omnes pares ſunt, etſi alii alios tempore præcedant. *l. 6. C. de bon. auct. jud.* Quod ſi cum chirographariis ſimplicibus concurrant ejuſdem generis creditores, ſed privilegiarii, id eſt, privilegium perſonale exigendi habentes, hi illis potiores ſunt. Inter ipſos autem privilegiarios ejuſdem tituli, licet diverſi temporis, nulla prælatio eſt. *l. privilegia. 32. ff. de reb. auct. jud. poſſ.* Hujus generis creditores ſunt reſpublica. *l. penult. §. 1. ff. de reb. auct. jud. poſſ. l. 2. C. de jud. reip. lib.* 11. qui in navem extruendam vel inſtruendam, vel in rem emendam crediderunt. *l. qui in navem. 26. l. quod quis navis. 34. ff. d. tit.* &c. Inter ejuſdem generis creditores numeratur & qui ob reſtitutionem ædificii collapſi pecuniam credidit. *l. ſi ventri. 24 §. 1. ff. eod. l. creditor. 25. ff. de reb. cred.* Sed huic poſtea ſenatuſconſulto etiam pignus datum eſt. *l. 1. ff. in quib. cauſ. pign. tac.* quod haud dubie ad eum quoque pertinet, qui credidit in refectionem & fulturam domus alioqui ruituræ: reipſa enim reſtituit, qui efficit ne ruat. Unde quæſitum eſt, an non & ille jus taciti pignoris habere debeat, qui in navem armandam aut reficiendam pecunias credidit. Multum enim intereſt, utrum quis tantum habeat perſonale privilegium exigendi, an vero hypothecam ſive pignus. Nam qui hypothecam habent, ſive tacitam, ſive expreſſam, præferuntur omnibus creditoribus, qui privilegium exigendi duntaxat habent. *l. eos qui. 9. C. qui pot. in pign.* quam ob cauſam hi etiam fiſco poſtponuntur. *d. l. quod quis navis. ff. de reb. auct. jud. poſſ. junct. l. 1. & l. 2. C. in quibus cauſ. pign. tac. l. 2. C. de jur. fiſc. l. ſi quis. 28. ff. eod.* Ego non invitus in eorum ſententiam concedo, qui negant eum qui in navem reficiendam credidit, jus tacitæ hypothecæ habere. Etenim omnes tacitæ hypothecæ legibus nominatim conſtitutæ ſunt: nulla autem lex talis hypothecæ meminit. Datur quidem

dem in navem inſtruendam credenti perſonale privilegium exigendi. *d. l. qui in navem.* 24. *& d. l. quod quis.* 34. *ff. d. reb. auct. jud. poſſ.* at idem privilegium etiam ei datur, qui credidit in navem extruendam aut fabricandam, quem conſtat tacitam hypothecam non habere, cum nec ei, qui in extructionem novæ domus pecuniam mutuam dedit, tacitum pignus datum ſit, ſed ei tantum qui credidit in reſtitutionem, id eſt, reædificationem & inſtaurationem collapſæ. *l.* 1. *ff. in quib. cauſ. pign. tac.* Sed & idem privilegium iiſdem locis ei tribuitur, qui in navem aliamve rem emendam credidit, quæ tamen res in cauſam pignoris non deducitur, niſi id expreſſe convenerit. *l. quamvis.* 17. *C. de pign. l.* 7. *C. qui pot. in pign.* & ita ſæpe judicatum eſt. *deciſ. Cur Holl.* 35. *Sande lib.* 3. *tit.* 12. *defin.* 5. *&* 7. *Ant. Fab. C. ſuo for. tit. qui pot. in pign. defin.* 10. Fallitur igitur Accurſius, & qui eum ſequuntur, *Covar.* 1. *reſol.* 7. *n.* 3. *Neguzant. p.* 2. *memb.* 4. *n.* 162. *caſ.* 16. aliique ibidem citati, dum putant, etiam eos, qui ad refectionem navis pecuniam mutuam dederunt, taciti pignoris jus habere, propterea quod horum pecunia non minus navem ſalvam fecit, quam illius, qua refecta aut reſtituta eſt inſula, ſive ædificium. Nam ſi hoc verum eſt, etiam ille qui pecuniam ad navem aut aliam rem emendam credidit, eam rem ſibi obligatam habebit: quia utique per hanc creditoris pecuniam debitor conſecutus eſt, ut eam rem habeat: quod tamen falſum eſt. *d. l. quamvis. C. de pignor.* Nempe non temere, quod nominatim jure ſingulari tributum eſt ei, qui in reſtitutionem aut refectionem ædium pecuniam dedit, trahendum eſt ad quoſvis, qui in cujuſcunque rei refectionem pecuniam crediderunt, contra *l. quod vero.* 14. *& l. ſeq. ff. de legib.* Neque eadem profecto cauſa eſt ædificii reficiendi, & navis aut alterius rei conſervandæ. In ædificiis tuendis ſarcien-

ciendiſque non modo utilitas aliqua publica verſatur; ſed in eo etiam decus urbis & ornamentum agitur, ut ædificia integra ſint & bene compoſita, non caſſa & ruinoſa, ne aſpectus urbis deformetur ruinis. Quamobrem non in hac tantum re, verum etiam in aliis contra non neceſſarias demolitiones ædificiorum pro iis augendis & ſartis tectis tuendis multa legibus cauta & conſtituta ſunt. Nam & lex duodecim tabularum de tigno alienis ædibus injuncto agere non permittit, ut id eximatur, ne ſub hoc prætextu ædificia diruantur. *l. 1. ff. de tign. junct.* & ſenatuſconſulto cautum, ne ea quæ ædibus juncta ſunt, legare liceat, niſi hactenus, ut in alias ædes transferantur, neque tamen integra ædificia deponantur. *l. cætera.* 41. §. 1. *&* 2. *ll. ſeqq. ff. de legat.* 1. Quorum nihil ſimile in navi aut cæteris rebus. Ac propterea omnino dicendum eſt, ceſſantibus & verbis ſenatuſconſulti & ſententia, pignus in aliis rebus non conſtitui, quæ refectæ noſtra pecunia fuerunt, niſi de eo generaliter aut ſpecialiter convenerit, extra cauſam creditæ in reſtitutionem aut refectionem ædium; ut ut navium quoque exercitio ad utilitatem reipublicæ pertineat. *l.* 1. §. *licet autem.* 20. *ff. de exerc. act.* Nam ſi ex eo inferre velis etiam eum qui in refectionem navis credidit, tacitum pignus habere; eadem ratione & is habebit, qui in extruendam credidit, cum tamen, ut ante dictum eſt, ne ille quidem habeat, qui credidit in ædificationem novæ domus. Decepti fuere Accurſius & alii, qui contra ſentiunt, duobus locis Ulpiani, in quibus legerunt, eum qui in rem conſervandam pecuniam credidit, cæteris creditoribus eſſe potiorem, quibus eadem res prius obligata erat, additis nominatim exemplis de eo qui ad armandam vel reficiendam navem credidit, adjectaque hac ratione, quia hujus creditoris pecunia ſalvam fecit totius pignoris cauſam. *l. interdum.* 5. *&* *l. ſeq.*

l. ſeq. ff. qui pot. in pign. quæ utique ratio ad omnes ex æquo pertinere videtur, qui quid in rem reficiendam & conſervandam impenderunt. Jam vero, qui in navem reficiendam credidit, non poteſt potior in pignore cæteris haberi, niſi illi quoque navis obligata ſit. Sed male, inquam, hinc Accurſius colligit, eum qui in navem reficiendam credidit, habere jus tacitæ hypothecæ, ſive pignus legale, conſtitutum lege ſine conventione. Neque enim aut locis iſtis, aut toto illo titulo, cui ſubjecta ſunt, tractatur, quomodo pignus conſtituatur, navis aut res alia pignori obligetur: ſed quæritur, quis ex iis quibus diverſis temporibus eadem res obligata eſt, in pignore ſit potior: & illud dicitur, eum qui in navem, (intellige ſibi obligatam, quod fit aperta conventione) armandam aut reficiendam pecuniam credidit, quamvis poſterior crediderit, cæteris in pignore eſſe potiorem: quod deinde & ad alia porrigitur, veluti ſi quis in merces ſibi obligatas, ut ſalvæ fiant, aut in cibaria nautarum, ſine quibus navis ſalva pervenire non poterat, &c. crediderit. *l. 6. d. tit. per. tot.* Itaque nec ratio quam affert Juriſconſultus in *pr. d. l.* 6. concludit pro pignore; ſed ex hypotheſi pignoris conventione conſtituti concludit pro jure prælationis. Et ſic ob eandem rationem is cujus pecunia prædium comparatum eſt, licet poſterior ſit, cæteris creditoribus hypothecariis præfertur: ſed non aliter, quam ſi id prædium ei obligatum ſit, quod non fit niſi expreſſa conventione. *l. quamvis.* 1-. *C. de pignorib. l. licet.* 7. *C. qui pot. in pign.* Eodem modo reſpondendum eſt ad *Nov.* 97. *c.* 3. Nam nec illic Juſtinianus quicquam definit aut conſtituit de tacito pignore, ſed relatis diverſis creditoribus, qui quidem omnes hypothecam eamque privilegiatam habent, ſed alii expreſſam, quales ſunt quorum pecunia navis aliave res fabricata, reparata aut comparata eſt,

ea

ea lege, ut pignori eſſet. *d. l. licet. C. qui pot. in pign. d. l. quamvis. 17. C. de pignor.* alii tacitam, ut mulier in cauſa dotis, tractat de jure prælationis, ſancitque ut inter hujus generis creditores temporis ordo ſervetur, & is nimirum cæteris præferatur, qui antiquiorem hypothecam, ſive expreſſam, ſive tacitam cum privilegio habet, juxta vulgatum illud, privilegiatus adverſus privilegiatum non utitur privilegio ſuo. *Nov. 91. c. 1. l. ult. §. 1. in fin. C. qui pot. in pign. hab.* Atque hæc neotericorum communis ſententia eſt. *Donell. de pign. c. 5. Bronch. cent. 2. aſſert. 77. Gudelin. lib. 4. de jur. noviſſ. c. 18. Perez. in Cod. tit. in quib. cauſ. pign. tac. n. 13. Bachov. lib. 4. de pign. c. 9. & 14.* à quibus male diſſentit Coſtalius ad *l. c. ff. qui pot. in pign.*

CAP. V.

An hypotheca conſtituta in rebus per beneficium l. 2. C. de reſc. vend. *avocatis, extinguatur?*

SPecies hæc eſto. Titius cum fundum à Sejo centum aureis emiſſet, eundem fundum ſibi traditum pignori obligavit Sempronio. Sejus venditor poſtea, cauſatus ſe ultra dimidium juſti pretii læſum eſſe, ſive ſe eum fundum duplo minore pretio, quam tempore contractus valebat, vendidiſſe, remedio *l. 2. C. de reſc. vend.* fundum avocavit recepitque. Quæritur an pignus ab emptore in eo fundo Sempronio conſtitutum reſolvatur? Bartolus conſtanter negat reſolvi in *l. 3. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. ſolv.* & alibi. Baldus contra affirmat in *d. l. 2. n. 17. quæſt. 13.* Bartoli ſententiam amplectuntur *Cuman. Roman. Fulgoſ. Alexand.* & alii citati à Pinello in *d. l. 2. p. 2. cap. 3. n. 11. Boer. deciſ. 181. n. 10.* ubi & communem hanc eſſe ſententiam teſtatur. Baldum vero ſecuti ſunt *Caſtrenſis. Salic.*

Digitized by Google

Salic. Cagnol. Pinell. d. loc. aliique plures ibidem relati. *Neguſ. de pign. membr. 1. part. 5. n. 43. Mantic. lib. 11. de tac. & ambig. conv. tit. 31. n.* 69. Elegans ſane quæſtio & digna diligenti inquiſitione! Nos hic pro Bartolo adverſus Baldum ſtabimus, non diſputandi tantum aut ingenii oſtentandi gratia: ſed quia veram eſſe ſententiam Bartoli omnino perſuaſum habemus. Neque tamen in hanc ſententiam nos traxit Bartoli ratio, quaſi, cum emptor quod deeſt juſto pretio ſupplendo, reſtitutionem rei evitare potuerit. *d. l. 2. C. de reſc. vind.* alienatio iſta & rei in venditorem tranſlatio non ſit neceſſaria, ſed potius pro voluntaria habenda: quo caſu res cum ſuo onere & cum ſua cauſa tranſeat. *l. 3. & l. ſeq. ff. quib. mod. pign. ſolv.* Nam ſi hujus controverſiæ deciſio ex eo tantum dependeret, utrum quæ alienatio voluntaria, an neceſſaria cenſenda ſit, in partes Baldi tranſirem: neque enim pro voluntario haberi debet, ad quod præſtandum judicio conveniri & urgeri poſſumus, tametſi alterius rei præſtatione nobis liceat defungi. Qui quid faciendum promiſit, ſi tantum temporis prætererit, intra quod fieri poterat quod promiſit, in id ſolum conveniri poteſt, & id ſolum obligatione contineri incipit, quod ſtipulatoris intereſt factum eſſe, quod promiſſum erat. *l. 14. l. ſtipulationes. 72. l. ſi inſulam. 84. ff. de verb. oblig. l. 13. §. 1. ff. de re jud.* ut tamen quamdiu lis nondum conteſtata eſt, placeat promiſſorem paratum præſtare quod promiſit, adhuc audiendum eſſe, & faciendo liberari. *d. l. inſulam. l. ſi ſervum. 91. §. 3. ff. de verb. oblig.* cum autem alterutrum præſtare neceſſe ſit, non poteſt promiſſor præſtando quod ſtipulatoris intereſt, dici id feciſſe ἑκουσίως & volenti animo; non magis, quam ſi quis ex obligatione disjunctiva conventus, alterutrum ſolvat, dici poteſt ſponte & αὐτομάτως ſolviſſe, aut dominus noxali judicio

con-

conventus, ſi litis æſtimationem præſtare maluit, quam ſervum noxæ dedere: quod & Pinellus contra Bartolum bene obſervavit. Cæterum etſi nos rationem Bartoli improbamus, non tamen cum Pinello Baldum ſecuto improbamus Bartoli ſententiam: ſed alia ratione, eaque vera & ſolida, eam tuebimur: nempe quia jus creditori recte conſtitutum, reſtitutione poſt ſecuta citra injuriam ei auferri non poteſt; conſtitutum, inquam, creditori, ut in ſpecie propoſita, ab eo qui plenum rei dominium habet, qui rem à domino emit pure ſine ulla conditione aut ſuſpenſiva aut reſolutiva, denique ab eo cujus jus à nemine alio dependebat. Quid enim ſi primus emptor rem alteri vendidiſſet & tradidiſſet? Utique hunc effeciſſet dominum: neque primo venditori adverſus hunc ulla competeret actio: qui autem poteſt ſic, ut dixi, rem alienare, poteſt etiam, nec minus efficaciter, eam oppignerare. *arg. l. non debet. 21. ff. de reg. jur.* Atque hæc eadem, quam dixi, ratio etiam efficit, ut debitore ſervum quem emit & oppigneravit redhibente, pignus non ſolvatur. *l. 4. ff. quib. mod. pign. vel hyp. ſolv. l. bovem. 4. 3. §. pignus. 8. ff. de ædil. edict.* neque etiam eo caſu ſolvatur, quo res diſtracta eſt ea lege, ut ſi diſplicuiſſet emptori, eam reddere liceret. *l. 3. in fin. ff. eod. tit.* non autem ideo tantum quod redhibitio illa aut redditio ſit voluntaria: quanquam illud etiam verum eſt, non poſſe jus alicui ſemel quæſitum voluntate ejus per quem illud quæſitum eſt, illi auferri. *l. ult. ff. de pact. l. 1. §. ſi rem. 25. ff. depoſ. l. qui balneum. 9. pr. l. potior. 11. pr. ff. qui pot. in pign.*

Utique ex iis quæ dicta ſunt manifeſtum eſt, propoſitionem illam Baldi ex *l. lex vectigali. 31. ff. de pignorib.* quod reſoluto jure dantis reſolvatur & jus accipientis, perpetuam non eſſe: & alioqui nulla non alienatione rei neceſſe eſſet pignus finiri.

Pro-

Procedit iſta propoſitio ſive regula 1. ubi res ab eo pignorata eſt, qui plenum in ea re jus non habet, ſed alius eſt qui in eadem re jus habet potentius reique ipſius proprietatem, & ad quem jus illud à proprietate ſeparatum, quod alter habet, certis caſibus & certis ex cauſis pervenire poteſt, ſive iſtud jus ſit affine dominio, quale eſt emphyteuticum & ſuperficiarium, quod pragmatici utile dominium vocant; ſive ſervitus tantum & nudum jus utendi fruendi. Igitur ſi emphyteuta emphyteuſim, aut ſuperficiarius ſuperficiem oppigneraverint, jure eorum ſublato, puta quod alter in ſolutione canonis ceſſaverit, alter in ſolvendo ſolario, evaneſcet & pignus. *l. lex vectigali.* 31. *ff. de pignorib. l. etiam ſuperficies.* 15. *ff. qui pot. in pign.* Nam quod domino jure publico certo caſu tributum eſt, id ei facto alieno adimi nequit. Eadem ratione & fortiore, ſi fructuarius uſumfructum pignori dederit (poteſt enim hoc facere. *l.* 9. §. 1. *l. ſi is.* 11. §. 2. *ff. de pignor.*) finito uſufructu & ad proprietatem reverſo dicendum eſt jus pignoris ſimul expiraſſe. 2. Certo jure regula ſuperior procedit, quando heres eam rem pignori dedit, quæ legato aut fideicommiſſo conditionali eſt obnoxia, & conditio extiterit. *l.* 3. §. *ſin autem.* 3. *C. comm. de legat. l. grege.* 13. §. 1. *ff. de pign.* quod & in reliquo jure medio tempore conſtituto obtinet, puta ſervitute, uſufructu. *l. is cui* 11. §. 1. *ff. quemadm. ſerv. am. l. ſi ſub.* 16. *ff. quib. mod. uſ. am.* Item cum creditor pignus quod accepit, alteri obligavit, & debitor pecuniam quam debebat, ſolvit: hic enim & jus ſecundi creditoris merito placet extingui. *l. debitor.* 40. § *ult. ff. de pignor. act. l.* 1. & *l.* 2. *C. ſi pign. pign. dat.* 3. Procedit eadem regula, cum contractus pure quidem eſt initus, ſed ſub conditione reſolutiva, ut fit in terminis factæ venditionis ſub lege commiſſoria, aut in diem addictione: itaque & hic ſi emptor medio

tempore

tempore rem ſibi traditam pignori obligaverit, & ſua die pecuniam non ſolverit, aut alius intra diem præſtitutam meliorem conditionem obtulerit, cum contractu pignus quoque ſolvitur. *l. 3. in pr. ff. quib. mod. pign. ſolv. l. 4. §. 3. ff. de in diem addict.* Nam ſicut conditio ſuſpenſiva exiſtens retro ponit, quaſi ab initio pure contractum eſſet; ita conditio reſolutiva retro tollit, quaſi ab initio nihil actum eſſet. Et quod notandum eſt, hoc caſu citra ullum factum emptoris vi pactionis, cui hanc poteſtatem lex dedit, ipſo jure dominium rei revertitur ad venditorem, eamque vindicare poteſt à quocunque poſſeſſore. *l. 4. C. de pact. int. empt. & vend. l. ult. verſ. quæſitum. ff. de leg. commiſſ.* non utique tanquam rurſus ei acquiſitam, ſed quaſi nunquam emptoris factam. At non procedit iſta regula, quando res vendita & tradita eſt ex contractu nulla conditione reſolutiva modificato: ut in caſu quem proponit Ulpianus & auctoritate Marcelli decidit in *l. 3. in fin. ff. quib. mod. pign. ſolv.* nempe ſi res diſtracta ſit ea lege, ut ſi diſplicuiſſet emptori, eam reddere liceret, pignus in ea re ab emptore conſtitutum non finiri. Nam iſta conditio minime reſolutiva eſt, aut reſolutivæ vim habet, ut ea exiſtente ipſo jure reſolvatur & retro annulletur contractus: ſed firma manente ipſo jure venditione, ſi emptor legem contractus exercere velit, & rem reddere, datur ei in hoc ut venditor rem recipiat, actio ex empto, aut proxima empti in factum præſcriptis verbis. *l. 6. ff. de reſc. vend.* Multo minus ergo locus eſſe poterit ſuperiori regulæ in caſu quem propoſuimus, ubi purè & ſine ulla conditione, qua exiſtente aut reſolvatur contractus, aut ad eum diſſolvendum agere liceat, venditio facta eſt, & pleno jure dominium rei tranſlatum. Ne quis autem putet iniquam hoc pacto inferri conditionem venditori, ſi rem cum onere pignoris recipere cogatur, paratum

tum hic eſt venditori remedium ab Ulpiano & Paulo propoſitum in *l. redhibere.* 21. §. 1. *&* *l. bovem.* 43. §. *pignus.* 8. *ff. de ædil. edict.* nempe ut petat rem liberam reſtitui, aut eo nomine ſibi ab emptore caveri: quorum neutrum ſi præſtet emptor, pretium præciſe ſupplere tenebitur, amiſſa eligendi facultate, ut bene diſputat Bachovius *lib.* 5. *de pignorib. c.* 13. Ex his porro facile colligi poteſt, quid dicendum ſit, ſi res vendita cum pacto retrovendendi ab emptore pignori obligata ſit, & venditor poſtea oblato pretio præſcriptis verbis aut ex vendito agat, ut contractus fides ſervetur, & res ſibi reſtituatur ex *l.* 2. *C. de pact. int. empt. & vend.* nimirum pignus non ſolvi, contra Neguſantium *dictæ p.* 5. *memb.* 1. *n.* 44. Idem dicendum eſt, ſi donatarius rem ſibi donatam pignori dedit, & propter ingratitudinem revocata ſit donatio: quanquam id negent *Pinellus ubi ſupra n.* 19. *&* *Ant. Faber dec.* 23. *err.* 4. qui contendunt hoc caſu pignus ſolvi. Pinellus hac ratione, quia donatarius invitus rem reſtituere tenetur: quæ ratio quam infirma ſit, ſuperiora ſatis oſtendunt. Faber, quia donatio reſolvitur ipſo jure: quæ quidem ratio bona eſſet, ſi eſſet vera. Sed magis eſt, ut falſa ſit, 1. Quia perſonalis tantum actio ad revocandam donationem donatori datur. *l. his ſolis.* 7. *verſ. actionem vero matris. C. de revoc. donat.* 2. Quia actio illa revocatoria non tranſit ad heredem. *l.* 1. *d. l.* 7. *l. ult. C. eod.* 3. Quia exigitur mutatio voluntatis. *d. l.* 1. *& d. l. ult. verſ. ex his.* 4. *arg. l.* 11. *ff. de reg. jur. l. traditionibus.* 20. *C. de pact.* nec poteſt ullus dari textus, quo probetur ipſo jure hic donationem reſolvi. Nam quod in *d. l.* 7. *C. de revoc. donat.* dicitur, actionem qua mater ab ingratis liberis donationem revocat, ita perſonalem eſſe, ut vindicationis tantum habeat effectum, nec in heredem detur, nec tribuatur heredi; non

hoc

hoc ſignificat eam actionem in rem eſſe, aut tantum effectum actionis in rem habere: nulla enim actio in perſonam dari poteſt, quæ actionis tantum in rem habeat effectum: ſed hoc, effectum tantum ultionis injuriæ habere, & vindictam ſolummodo perſequi, non pecuniam. Nempe iis verbis indicatur ratio, quare placeat actionem, quæ adverſus ingratos ad revocandam donationem datur, ſolis dari ipſis donatoribus, non etiam heredibus eorum, quoniam ſcilicet effectum tantum habet vindicationis, id eſt, vindictæ & ultionis injuriæ, ut actioni injuriarum in hoc ſimilis ſit, quam conſtat heredi ejus, qui injuriam paſſus eſt, non dari. §. 1. *Inſt. de perp. & temp. act.* Vindicare enim proprie eſt ulciſci, & vindicare injuriam ſibi factam in *l.* 2. §. *item ſi.* 5. *in fin. ff. de judic. l. deferre.* 18. §. *ſed communem.* 7. *ff. de jur. fiſc.* ſignificat exequi & crimen perſequi: adde *Cujac. lib.* 4. *obſ. c.* 19. *Bachov. lib.* 5. *de pign. c.* 13.

CAP. VI.

An juri offerendi debiti luendique pignoris præſcribatur longiſſimo tempore, ſeu triginta aut quadraginta annis?

CReditor, qui in ſecuritatem crediti pignus accepit, ſoluto debito illud reſtituere debet, atque in eam rem prodita eſt debitori actio directa pigneratitia. *tit. ff. & C. de pign. act.* quæ actio toto genere differt ab ea quæ hypothecaria dicitur, quippe hypothecaria in rem eſt, daturque creditori ad pignus perſequendum contra quemcunque pignoris poſſeſſorem. §. *item Serviana.* 7. *Inſt. de act. l. pignoris.* 17. *ff. de pignorib.* At pigneratitia eſt in perſonam, competitque debitori adverſus creditorem & adverſus hunc ſolum. Hypothecaria jure pignoris ſoluto expirat: pigneratitia tunc demum

efficax eſt. Illa occaſione juris creditori in re conſtituti à prætore datur: hæc ex contractu naſcitur re pignoris cauſa tradita acceptaque. Veteres tamen abuſive hypothecariam, quæ alias Serviana aut quaſi Serviana, etiam pigneratitiam appellant. *l. 3. §. 3. ff. ad exhib. l. naturaliter. 13. ff. de cond. ind. l. rem. alienam. 41. ff. de pign. act. l. ſi Titio. 22. ff. de pignor.* quod notatu dignum. Cum autem debitor actione pigneratitia efficaciter experiri nequeat, niſi toto debito exſoluto, quæſitum eſt, an jus illud, quod debitor habet, offerendi ſcilicet pecuniam & pignus luendi, præſcriptione triginta aut quadraginta annorum tollatur. Negant Rogerius in *dialog. tract. de præſcript. Gail. 2. obſ. 18. Mynſing. 1. obſ. 16. & DD.* ſi fides Gailio, communiter. Affirmant *Gloſſ. in l. 13. ff. de uſuc. Coſtalius ad l. mulier. 19. ff. qui pot. in pign. Bachov. 5. de pign. c. 20. Neguſant. p. 6. m. 2. n. 19.* quorum poſteriorum ſententia meo judicio probabilior eſt, eamque & communem eſſe ait Neguſantius. Negantium ſententia, ſeu affirmantium, poſſe pignus perpetuo lui etiam poſt triginta annos, defenditur hiſce fere rationibus. 1. Quia ſolvere debitum, vel non ſolvere, ſi creditor non urgeat, eſt meræ facultatis: rerum autem meræ facultatis nulla eſt præſcriptio. *l. 2. ff. de via publ.* & ſibi imputare debet creditor, ſi debitore ceſſante ſolvere, ipſe eum non interpellaverit, & ad venditionem pignoris proceſſerit, aut non reperto emptore jus dominii impetraverit, juxta *l. 3. C. de jur. dom. impetr.* 2. Quia præſcriptio actionis demum incipit currere, ubi actio nata eſt. *l. 7. §. 4. C. de præſcr. trig. annor. l. 1. §. ult. C. de annal. except.* At actio pigneratitia demum poſt ſolutionem aut oblationem & depoſitionem pecuniæ naſcitur. *l. ſi rem. 9. §. 2. & ſeqq. ff. de pign. act.* ac proinde ex eo demum tempore quo pecunia oblata aut ſoluta eſt, utpote contra

actio-

actionem jam natam currere incipiet præſcriptio. 3. Quod cum poſſeſſio creditoris ad uſucapionem proſit debitori. *l. qui pignori.* 36. *ff. de acq. poß. l. ſervi.* 16. *ff. de uſuc.* abſurdum ſit dicere præſcriptionem creditoris debitori etiam nocere, eique obſtare, quominus cum creditore actione pigneratitia experiatur, ut diſputat Cujacius ad *l. pignori.* 13. *ff. de uſuc.* Atque hæc ſunt præcipua eorum argumenta, qui negant jus luendi pignoris ullius temporis præſcriptione tolli. Cæterum quominus huic ſententiæ ſubſcribam impediunt illæ conſtitutiones, quæ diſerte volunt omnem actionem & omne jus ſive privatum, ſive publicum, triginta, & ad ſummum quadraginta annorum ſpatio excludi. *l.* 3. *l.* 4. *C. de præſcr. trig. annor. l.* 1. §. 1. *C. de annal. except.* Tale autem utique jus eſt etiam jus debiti offerendi & luendi pignoris. Et cum jus creditoris adverſus debitorem & adverſus tertium extraneum poſſeſſorem pignoris; item jus primi creditoris adverſus ſecundum, atque ex contrario jus ſecundi adverſus primum longiſſimi temporis præſcriptione tollatur, nunc triginta, nunc quadraginta annorum. *l. notißimi.* 7. *pr.* & §. 2. & 3. *C. de præſcr.* 30. *annor.* non video cur non etiam tanti temporis præſcriptione tolli poſſit jus luendi pignoris. Falſum enim eſt, quod pro vero ſupponitur à contrariæ ſententiæ auctoribus in primo eorum argumento, nempe jus luendi pignoris eſſe meræ facultatis eo ſignificatu, quo rerum meræ facultatis negatur eſſe præſcriptio, Deſcendit enim illud jus ex obligatione, quam debitor in judicium deducere poteſt: alioqui omnis actio & perſecutio res meræ facultatis dicenda eſſet. Sed illud meræ facultatis eſſe dicitur, quod citra ullam obligationem aut conventionem cujuſque libero arbitrio jure omnium communi permittitur, quale eſt facultas eundi per viam publicam: quæ facultas nec ſolo non uſu amittitur, nec prohibitio-

Digitized by Google

ne aliena. Poſſum quolibet cœnaculo aut conclavi ædium mearum libere uti, nec ſi aliquo eorum longiſſimo tempore uſus non ſim, jure meo excludor: non tamen eo ſenſu, quo dixi, illud jus meum res eſt meræ facultatis: nam ſi alter re mea uſus fuerit, & ego uti prohibitus, procedet præſcriptio. Similiter jure libertatis licet cuique tam altè, quam velit, nullo ſtatuto intercedente, ædificare: & quamvis aliquis per triginta annos non ædificaverit, non ideo tamen jus altius tollendi amittit. Eſtne ergo id jus meræ facultatis? Minime. Nam ſi te altius ædificantem prohibuero, & ex eo tempore altius ædificatum non habueris per ſpatium præſcriptioni ſtatutum, procedet contra te præſcriptio ſervitutis. In rebus autem quæ proprie dicuntur eſſe meræ facultatis, prohibitio nihil efficit. *l. 2. ff. de via publ.* Male igitur hæc omnia à pleriſque conjunguntur & tanquam paria habentur, quaſi idem omnium eſſet effectus. Enimvero jus agendi de facto, ut loquuntur, ſeu ipſum agendi & nudum intendendi factum meræ facultatis eſt, eique nunquam præſcribi poteſt: ſed jus agendi cum effectu, ut obtineam quod peto, meræ facultatis non eſt, & præſcriptione tolli poteſt, quale eſt jus luendi pignoris debitori ex contractu quæſitum. Sic ſi res aliqua venierit cum pacto de revendendo ſine ulla temporis determinatione, puta ut fas ſit venditori, quandocunque ſibi libuerit, redimere, non niſi intra triginta annos redimere poterit, quia actio perſonalis, quæ ex hac conventione naſcitur *l. 2. C. de pact. int. empt.* tanto tempore tollitur. *l. 3. C. de præſcr. 30. annor.* neque clauſulæ *ſemper, quandocunque* extendi debent ultra terminos jure publico præſcriptos actionum durationi. Nec verum eſt, quod actio, qua quis oblato pretio ex pacto revenditionis petere poteſt rem venditam ſibi reſtitui, ſit meræ facultatis: non enim in abſoluta facti pote-

ſtate

ſtate poſita eſt, ſed jure obligationis conſiſtit, eſtque jus ex contractu alteri ab altero debitum, ut recte Bronchorſtius *cent.* 27. *aſſert.* 62. qui tamen non idem admittit in caſu quem hic tractamus principaliter. *cent.* 4. *aſſert.* 4. quod mirum eſt. Secunda contrariæ opinionis ratio eodem vitio, quo prima, laborat: quippe quæ & ipſa nititur falſa hypotheſi, nempe actionem pigneratitiam tum demum naſci, cum pecunia debita ſoluta aut oblata eſt: nam actio pigneratitia eandem cum jure luendi pignoris nativitatis horam habet, id eſt, ſtatim naſcitur atque re contracta eſt obligatio ſeu pignus creditori traditum. *l.* 1. §. *creditor.* 6. *de oblig. & act.* §. *ult. Inſt. quib. mod. re cont. oblig.* Nec obſtat quod dicitur in *l.* 9. §. 3. *ff. de pign. act.* pecuniam exſolutam eſſe debere, ut naſcatur pigneratitia actio: nam id accipiendum eſt de effectu & actu ſecundo, quia ſoluta demum pecunia efficaciter intentari poteſt. At reſpectu actus primi ſtatim, ut dixi, naſcitur, nec aliud eſt, quam jus luendi pignoris. Sic etſi obligatio & actio empti naſcitur quoad actum primum ſimul atque de pretio convenit. *Inſt. de empt. & vend. in pr. &* §. 3. niſi tamen emptor pretium offerat, cum effectu agere non poteſt. *l. Iulianus.* 13. §. *offerri.* 8. *ff. de action. empt.* An igitur non curret præſcriptio longiſſimi temporis adverſus actionem ex empto, niſi ex eo tempore, quo pretium oblatum eſt? Neminem adhuc legi, qui id dicat. Illud verum eſt, quod non valenti agere propter impedimentum juris non currat præſcriptio, veluti ſi obligatio diem habeat. *l.* 7. §. 4. *C. de præſcr.* 30. *annor.* & in ſpecie *l.* 1. §. *ult. C. de annal. except.* ubi agitur de filioſa. cui ideo durante patria poteſtate præſcriptio non currit, quia nec agere ea durante poteſt, quod eſt impedimentum juris. At debitori nullum obſtat impedimentum juris, quominus agat, ſed facti duntaxat, puta

quod non habeat pecuniam. Denique nec tertia rario, quæ Cujacii eſt, contrariam ſententiam multum juvat. Neque enim hoc dicimus, creditorem poſt triginta annos defendi jure aliquo acquiſitionis aut propter uſucapionem, ſed ſolo tempore ſeu communi exceptione temporis, quo ex lege Theodoſii omnis actio finitur, atque ideo hic nec titulum nec bonam fidem requirimus; ſed ſicut in actionibus temporalibus anni vel biennii, veluti injuriarum & doli, fruſtra de bona fide quæritur, ita & in hoc caſu poſt triginta annos: alias nec actio commodati aut depoſiti tanto tempore finiretur. Itaque fruſtra eſt Bronchorſtius *cent. 4. aſſert. 4.* dum objicit *l. nullo 24. C. de rei vind. l. un. C. de uſuc. transform. l. 1. C. comm. de uſuc.* quippe quibus locis agitur de uſucapione aut longi temporis præſcriptione, modis acquirendi dominii aut juris alicujus dominio proximi, qui ſine juſto titulo & bona fide, veraque poſſeſſione non procedunt. At nos agimus de actionis perſonalis præſcriptione, quam ſola parit negligentia non petentis & lapſus temporis. Sic etſi precario poſſidenti nec longiſſimo tempore acquiritur proprietas. *l. 2. C. de præſcr. 30. annor.* interdictum tamen & actio perſonalis triginta aut quadraginta annis finitur. *l. 3. & l. 4. C. eod. tit.* Minus obſtant *l. 10. & l. ult. C. de pign. act.* imo magis obſtant contrariæ ſententiæ, quod etiam Cujacius fatetur: loquuntur enim Imperatores de actione pigneratitia jam nata & cum effectu competente, ſolutione ſcilicet jam facta, aut oblata conſignataque pecunia, eamque longo tempore tolli negant, cum tamen nemo ſit qui neget eam tolli tempore longiſſimo.

CAP.

Digitized by Google

CAP. VII.

An ἀντίχρησις ſit ſpecies pignoris, & an aliqua ſit antichreſis tacita?

QUæſtio hæc non eſt vulgaris, & digna quæ diligentiſſime excutiatur, propterea quod interpretes noſtri non intellexerunt, quid ſit ἀντίχρησις, & falſo ſibi perſuaſerunt eſſe aliquam ἀντίχρησιν tacitam: quod primus obſervavit Claudius Salmaſius ὁ πάνυ *lib. de mod. uſur. c.* 14. Ut autem res tota penitus intelligatur, primum referam quæ ab interpretibus circa hanc rem tradita ſunt; deinde quatenus à vero aberraverint oſtendam. Interpretibus omnibus antichreſis eſt ſpecies pignoris, cum res ea conditione pignori datur, ut creditor percipiat rei fructus in vicem uſurarum, donec debitor pecuniam ſolvat. *arg. l.* 11. §. 1. *ff. de pign. l. ſi pecuniam.* 33. *ff. de pign. act.* Alias ſi tale pactum non interceſſerit, conſtat non licere creditori pignore uti. §. 6. *Inſt. de oblig. quæ ex del. naſc.* nec fructus eum lucrari, ſed in ſortem eos imputare debere, ita ut ſortis obligatio minuatur, & quantum ex re pignerata fructuum percepit, tantum ei in ſolutione ſortis decedat atque detrahatur. *l.* 3. *l.* 12. *C. de pign. act. l.* 1. *C. de diſtract. pign.* Atque hæc iis eſt antichreſis expreſſa, quæ valeat, etſi perceptio fructuum legitimum uſurarum modum excedat, propter incertum fructuum eventum. *l. ſi ea lege.* 17. *C. de uſur.* quanquam domum hoc caſu creditor ipſe inhabitare, non aliis locare debeat, aut alias quod ultra modum uſuræ mercedis nomine accepit, in ſortem imputare. *l. ſi ea.* 14. *C. eod. tit.* Eſt & interpretibus noſtris tacita quædam antichreſis, quando ſcilicet nihil de uſuris, nihil etiam de fructibus uſurarum vice percipiendis dictum eſt, ſed pecunia gratuita, id eſt, ſine ulla uſurarum expreſſa men-

tione credita eſt, & res talis pignori data, quæ fructus ferat: quaſi ipſa datione, cum res pignori datur, quæ fructus profert, illud conveniſſe tacite intelligatur, ut fructus loco uſurarum & compenſationis cujuſdam vice, retinere creditori liceat: ſi enim debitor eo animo noluiſſet tradere pignus fructuum ferax, proteſtari eum debuiſſe aiunt, nolle ſe ex pignoris ſui fructibus quicquam ſibi decedere. Sed hanc tacitam conventionem ἀντιχρήσεως non efficere, ut legitimus uſurarum modus excedatur. Rationem hanc eſſe, quia cum creditor uſuras ſtipulatus non ſit, ſed gratuitam pecuniam mutuo dederit, humanitate debitoris, qui fructus ei ex re pignerata beneficii loco percipere conceſſit, contentus eſſe debet, cum ſibi nulla conventione proſpexerit, & totum hoc, quantumcunque percipit, ex debitoris humanitate percipiat. *l. cum debitor.* 8. *ff. in quib. cauſ. pign. tac.*

Sed non unus interpretum hic error eſt. 1. quod crediderunt ἀντίχρησιν nihil aliud eſſe, quam contrarium uſum, cum ea voce ſignificetur contrarium mutuum: quippe χρῆσις Græcis non ſolum eſt uſus, ἀπὸ τοῦ χρῆσθαι, ſed etiam mutuum, ἀπὸ τοῦ χρῆσαι, quod eſt à χράω ſeu κίχρημι, commodo, do mutuo, utendum do, δανείζω· unde χρήστης creditor. Hinc ergo & ἀντίχρησις, contrarium mutuum. Marcianus in *l. ſi pecuniam.* 33. *ff. de pign. act.* tropica locutione pro fundo ἀντιχρηθέντα accepit, uti & χρῆσις ipſum mutuum eſt, & res quæ mutuo datur. Idem Marcianus in *l.* 11. §. 1. *ff. de pign.* ita ſcribit: *Si ἀντίχρησις facta ſit,* &c. Hic ſane antichreſis non poteſt accipi pro mutuo uſu. Quid enim eſſet mutuum uſum facere? At mutuum facit, qui mutuum dat; ergo antichreſin facit, qui dat è contrario mutuum debitor tradendo fundum aut ædes, ut ex fructibus aut penſionibus creditor compenſationem uſurarum percipiat. Cæterum improprie ἀντιχρη-

σις

ςις dicitur contrarium mutuum, quia mutuum tantum in rebus, quarum uſus in abuſu conſiſtit, locum habet, quanquam Latini etiam verbo mutuari utuntur in aliis rebus atque etiam in his, quæ ſolo continentur, cum ad uſum commodantur. Auctor Dialogi de Oratore: *Domum mutuatur, & auditorium extruit, & ſubſellia conducit:* ut & commodare pro mutuo dare. Cicero *Verrin. 5. Commodaſti tritici modios ſexaginta.* Caper vetuſtiſſimus Grammaticus, *Commoda*, χρῆσον.

2. Quod crediderunt in pura antichreſi creditorem habere jus pignoris. Nam ſi jus pignoris creditor in antichreſi ſive contrario mutuo haberet, utique poſſeſſione ἀντιχρήσεως amiſſa, eam repetere poſſet actione hypothecaria. At in *l. 11. §. 1. ff. de pign.* non hypothecaria, ſed in factum actione iſto caſu agi ſolere ſcribit Juriſconſultus. Et hoc tantum ait, creditorem pignoris loco retinere poſſeſſionem, donec ei pecunia ſolvatur: quod & Cujacio ſuboluit *lib. 3. obſ. c. 35. in fin.* quanquam putat tentari poſſe hypothecariam quoque creditori competere, nulla tamen nixus auctoritate, niſi Marciani in *l. ſi pecuniam. 33. ff. de pign. act.* ubi τροπικῶς Juriſconſultus ἀντίχρησιν appellat pignus ἀντιχρηστικόν, ſive fundum cum pacto ἀντιχρήσεως oppigneratum. Non obſtat *l. Gajus Sejus. 39. ff. de pign. act.* nam in ſpecie, quæ illic proponitur, pignus re vera non intervenit, nec ab initio vero antichreſis fuit; ſed poſtea pactum interceſſit, ut creditor pignus ſuum, hoc eſt, fundum debitoris, in compenſationem pecuniæ ad certum tempus poſſideret vice ἀντιχρήσεως. Pura vero antichreſis non eſt pactum in pignore, cum nec ipſa pignus ſit, ſed contrarium mutuum. V. C. das mihi pecuniam mutuam ſub conditione, ut accipias fundum in antichreſin, cujus fructus percipias pro præſtatione uſurarum, quas à me legitimas ſtipulari potes. In

 hac

Digitized by Google

hac χρήσει & ἀντιχρήσει nulla pignoris mentio, nec ullum pignus. Speciem veræ puræque ἀντιχρήσεως nobis exhibet *l. ſi ea pactione.* 14. *C. de uſur. & d. l.* 11. §. 1. *ff. de pign.* At in *l. ſi ea lege.* 17. *C. de uſur.* ut verba ipſa oſtendunt, non agitur de pura ἀντιχρήσει, ſed de pignore ἀντιχρηστικῷ, ſive cum pacto ἀντιχρήσεως.

3. Errant, quod putant eſſe aliquam tacitam antichreſin. Nam nulla poteſt eſſe tacita antichreſis, quæ quidem vera ſit. Quemadmodum enim nulla χρῆσις eſt tacita, ita nec ulla vera ἀντίχρησις, ſed oportet conventione id actum eſſe. Si aliqua tacita eſt antichreſis ſecundum Doctores, ut creditor fructus ex re pignerata ſine conventione expreſſa percipere & in uſuras imputare queat, quonam caſu procedet illud, quod tot locis ſimpliciter traditum eſt, creditorem fructus ex re ſibi pignerata perceptos in ſortem imputare debere? *l.* 1. *l.* 2. *l.* 3. *l. ult. C. de pign. act. l.* 1. *C. de diſtr. pign.* an eo ſolo, quo proteſtatus eſt debitor ſe nolle pignoris ſui fructus lucro cedere creditoris? Hoc autem dicere valde abſurdum, ne dicam ineptum eſt. Neque enim ex pignoris conventione conventio tacita ſuper uſuris facta intelligi poteſt; quoniam pignoris finis eſt, ut creditori cautum ſit de ſorte, ne moretur in damno: nec adeo rationi convenit, ut ad alium finem dationem pignoris torqueamus, ut creditor lucretur fructus pro uſuris, & ita circumveniatur miſer debitor, & dum ſe gratuitam pecuniam putat accepiſſe, graviſſimis uſuris ſubjiciatur, id eſt, centeſimis. Non adverſatur. *l.* 11. *C. de uſur.* nam locus iſte intelligendus eſt de prædiis obligatis cum pacto ἀντιχρήσεως, cum ſc. convenit, ut in vicem uſurarum creditor fructus perciperet; & hoc tantum dicitur oblatione pecuniæ antichreſin diſſolvi, & pignus ἀντιχρηστικὸν mutari in ſimplex. Fruſtra autem putant Doctores noſtri, ſententiam ſuam de tacita antichreſi con-

Digitized by Google

ſi confirmari. *l. 8. ff. in quib. cauſ. pign. tac.* Thema hujus legis eſt, Titius gratuitam pecuniam credidit Sejo, & ab eo accepit pignori fundum. Etſi de uſuris nihil convenit, poteſt tamen Titius, ſi nolit amplius gratuitam eſſe pecuniam, & Sejus debitor interpellatus moram ſolutioni faciat, de fructibus rei pigneratæ uſuras ex eo tempore retinere, dum ad legitimum modum id faciat. Ampliores autem, quam ſunt legitimæ uſuræ, fructus percipere non poteſt, ut in vera antichreſi, quia tale nihil convenit. Tantum id ſervare poteſt, quod ipſius intereſt pecunia ſua alium ſe invito non uti. In antichreſi non poteſt mutuum repetere creditor, quamdiu poſſeſſionem ἀντιχρήσεως retinet. Aliud vero eſt in gratuita pecunia, quæ ut plurimum arbitrio creditoris repeti ſolet. Sed nec tacitum pignus aut tacita hypotheca hæc, de qua agitur, dici poteſt. Nam de eo conventio expreſſe facta videtur, ut pignus illud traderetur creditori pro pecunia credita. Quippe niſi ex pignore tradito non potuiſſet creditor retinere fructus nomine uſurarum. Cæterum cum fructus prædiorum oppigneratorum nominatim pignori dari poſſint. *l. 1. §. 2. ff. de pign.* & cum pro uſuris pignora quoque accipi jus ſit. *l. grege. 13. §. ult. ff. eod.* tacito velut pignore fructus rei pigneratæ poteſt creditor in compenſationem uſurarum retinere, etiamſi ex pacto non debeantur. Nec tamen poteſt ultra legitimas, quia vel hoc ipſum, *uſque ad legitimas*, in uſuris quæ pactæ non ſunt, ſi æquum viſum eſt, ulterius iniquum foret. Atque ut in bonæ fidei judiciis ex mora uſuræ debentur & peti poſſunt, ita in gratuitæ pecuniæ mutuo, ſi moram fecerit debitor, uſurus de quibus non convenit, creditor per retentionem ſervare poteſt ex fructibus rei oppigneratæ. Sic cum uſuræ exigi non poſſint in ſtrictis Judiciis niſi in ſtipulationem deductæ, poſſint tamen per retentionem

pignoris ſervari. *l.* 3. *l.* 4. *C. de uſur.* non diſſimili ratione per retentionem fructuum rei pignori datæ poſſe uſuras, de quibus præſtandis nihil convenit, ſervari atque ad modum legitimum compenſari, licet exigi non poſſint, velle videtur Paulus in *d. l.* 8. *ff. in quibus cauſ. pign. tac.* Illud diſſimile eſt, quod in *d. l.* 4. *C. de uſur.* ſaltem pacto de uſuris convenerat: ſed tunc uſuræ per retentionem pignoris ſervari poſſunt etiam ubi mora non intervenit. Hotomannus *lib.* 4. *obſ. c.* 4. contendit apud Paulum in *d. l.* 8. *ff. quibus in cauſ. pign. tac.* deeſſe negationem, & Juriſconſultum ita ſcripſiſſe, *Cum debitor non gratuita pecunia utatur.* Quod & Salmaſius magis probat, quaſi Paulus, cum ſic loquitur, rationem afferat cur de fructibus rei pigneratæ uſuras retinere creditor poſſit, quia ſcilicet non utebatur debitor pecunia gratuita, & uſuras pactas non ſolvebat. Quod ſi ponamus uſuras non eſſe pactas, aut pactas à debitore ſolvi, procedere debere diſpoſitionem. *l.* 1. *l.* 2. *l.* 3. *C. de pign. act. l.* 1. *C. de diſtract. pign.* nec obſtare, quod ſupra aliquoties dictum eſt, antichreſin liberam eſſe legibus, quæ certum modum uſuris poſuerunt. *l.* 14. *l. ſi ea lege.* 17. *de uſur.* Illud enim verum quidem eſſe in pura putaque antichreſi, aut etiam in pignore ἀντιχρηστικῷ, cum hoc ab initio actum fuit, ut pro uſuris pecuniæ creditæ fructus fundi in antichreſin traditi cederent lucro creditoris, ut in *d. l.* 14. *& l.* 17. At hic quæſtionem eſſe de uſuris, quibus ſolvendis debitor moram facit, cum de fructibus in compenſationem uſurarum percipiendis nihil dictum eſt. Cum igitur de fructibus fundi oppignerati circa pactum ἀντιχρήσεως, debitore non ſolvente, uſuras retinere poſſe dicatur creditor, non poſſe eum excedere legitimas uſuras, quæ ſolæ ipſi debentur. Quod ſuperfuerit ex fructibus ſorti imputandum

dum

Digitized by Google

dum eſſe. Ita Salmaſius *lib. de mod. uſurar. c.* 14. cui prope eſt ut aſſentiar.

CAP. VIII.

An & quando evictioni ſit locus in hereditate vel actione vendita, & donatione vel legato?

EVincere eſt rem jure judicioque auferre. Locum autem præcipue habet evictio in emptione. Nam cum emptor non ſolum rem emptori tradere teneatur, ſed etiam emptori præſtare, rem habere, tenere & uſucapere licere. *l.* 11. §. 2. *l. ſervus.* 30. §. *ult. ff. de act. empt.* ideo ſi res evincatur, merito emptori evictionem præſtat: quæ præſtatio pars eſt obligationis empti & venditi. *l. in vendendo.* 66. *ff. de contr. empt. l.* 6. *C. de evict.* Cæterum & in aliis quoque contractibus evictio præſtatur, ut in permutatione & in ſolutum datione. De permutatione eſt textus in *l. ſi permutationis.* 29. *C. de evict.* Ratio eſt, quia permutatio emptioni fere eſt ſimilis. *l.* 1. *ff. de rer. permut.* Illa tamen differentia eſt, quod de re empta evicta datur actio ex empto. *d. l.* 6. *C. de evict.* at de re permutata evicta datur actio præſcriptis verbis. *l.* 5. §. 1. *ff. de præſcr. verb.* Datio quoque in ſolutum venditioni comparatur. *l.* 4. *C. de evict. l. eleganter.* 24. *pr. ff. de pign. act. l.* 4. §. *auctoris.* 31. *ff. de dol. mal. except.* & ideo placuit etiam in datione in ſolutum evictionem præſtari. *d. l.* 4. *C. de evict.* atque ei, cui res in ſolutum data evincitur, utilem ex empto actionem de evictione dari. *d. l.* 24. *pr. de pign. act. d. l.* 4. *C. de evict.* de quo tamen vide Cujacium *lib.* 19. *obſ.* 38. Sed & in judicio familiæ erciſcundæ, quoniam rerum hereditariarum inter coheredes diviſio quaſi quædam venditio eſt. *l.* 1. *C. comm. utriuſq. judic.* æquum viſum eſt eos inter ſe evictionis periculum præſtare. *l. heredes.* 25. §. *item curare.* 21. *ff. fam. erciſc. l. ſi familia.* 14. *C. eod.* Et idem quo-

quoque obtinet in judicio communi dividundo. *d. l.* 1. *C. comm. utriuſq. judic.* Excipiuntur tamen nonnulli caſus, quos hic recenſere præter inſtitutum eſſet. *vid. l. cum pater.* 77. *§. evictus.* 8. *ff. de legat.* 2. *l.* 7. *& ibi Bart. & DD. C. comm. utriuſ. jud. d. l.* 14. *C. famil. erciſc. l. ſi fundum.* 27. *C. de evict.*

Sed quid in hereditate vendita? Multum intereſt, utrum certæ quædam res hereditariæ veneant, an ipſa hereditas. Priore caſu venditor tenetur ex empto, ut eas res ſuo ſumptu & periculo perſequatur, & vacuam earum poſſeſſionem emptori tradat. *arg. l.* 2. *§.* 1. *l.* 3. *pr. ff. de act. empt. arg. l.* 3. *junct. auth. nunc ſi C. de litigioſ.* item tenetur venditor, ut in ſingulis rebus hereditariis venditis præſtet evictionem; quia quot ſunt res, tot ſunt evictiones aut evictionum cauſæ. *l.* 1. *C. de evict.* Poſteriore autem caſu, ſi hereditas veneat, non tenetur venditor ullam rem hereditariam emptori tradere, niſi quam habet in ſua poteſtate. Et rurſus non tenetur in ſingulis rebus hereditariis præſtare auctoritatem ſeu evictionem. Ratio differentiæ eſt, quia hereditas nomen juris eſt, & qui hereditatem vendit, non vendit res corporales quæ in hereditate continentur, ſed jus ſucceſſionis, quod eſt incorporale, atque hoc jus eſſe, id eſt, eſſe hereditatem, & ſe heredem eſſe, dolumque malum præſtare tenetur, non etiam tradere corpora hereditaria, niſi ea quæ ad ipſum pervenerunt, vel quæ dolo fecit, ne ad ſe pervenirent: ita cape textum in *l. qui filiifam.* 14. *§.* 1. *ff. de her. vel act. vend.* Cæteras autem res hereditarias, quæ ad heredem non pervenerunt, nec dolo fecit quominus pervenirent, non tenetur emptori hereditatis tradere, ſed liberatur præſtando & cedendo emptori earum rerum perſecutiones. *l.* 2. *§.* 3. *ff. eod. tit.* Emptor autem eas ſuo ſumptu & periculo perſequitur. *l.* 1. *C. de evict.* Et rurſus ſi evincantur emptori, quæ traditæ illi ſunt, venditor eo nomine de

evi-

Digitized by Google

evictione non tenetur, neque ab initio de evictione cavere ſive repromittere cogitur. *d. l. 1. C. de evict.* ubi excipitur, niſi nominatim convenerit, ut evictio rerum ſingularum præſtetur. Donellus poſt alios in *d. l. 1.* Ratio eſt, quia ſi res quæ evicta eſt, non fuerit hereditaria, nec veniit; non enim plus aut minus juris habet emptor, quam venditor. *l. 2. pr. ff. de hered. vel act. vend.* Si autem fuit hereditaria, & per injuriam judicis evicta eſt, non tenetur venditor, quia injuria quæ condemnato facta eſt, potius apud illum manere, quam ad alium transferri debet. *l. ſi per imprudentiam. 51. pr. ff. de evict. l. 15. C. eod. l. exceptione. 67. ff. de fidejuſſ.*

Quod de hereditate vendita dictum eſt, id etiam obtinet, ſi quodlibet aliud jus veneat, non corpus; veluti ſi veneat peculium ſervi, quod eſt nomen juris, non corporis: item ſi veneat nomen debitoris, quod etiam juris eſt, ut ſyngrapha ſeu cautio. Etenim venditor duntaxat præſtare debet, ut ſit peculium, vel ut ſit nomen; item dolum malum, non etiam ut obtineatur aliquid, vel feratur ex peculio aut nomine ſeu actione vendita. *l. 5. ff. de evict. l. 4. ff. de hered. vend.* Et eſt textus optimus in *l. ſi plus. 74. §. ult. de evict.* Unde nec beneficium *l. 2. C. de reſc. vend.* locum habere in hereditate vel actione vendita recte ſtatuunt juris interpretes. Una hic exceptio eſt, niſi nominatim convenerit, quid quantumve in hereditate vel actione vendita contineatur, atque ut id ſe præſtiturum, ut obtineri poſſit, emptori venditor promiſerit. *l. 1. C. de evict. l. niſi. 15. ff. de hered. vend. l. 5. l. ſi plus. 74. pr. ff. de evict.* Quod ſi hereditatem vel actionem ſibi non competentem vendidit, nullum dubium eſt, quin hoc caſu evictionem præſtare debeat, per jura allegata.

Quid vero in donatione? Donatio emptioni plane diſſimilis eſt, cum ſit ex cauſa lucrativa. Itaque ſi quis rem alienam donavit, eaque donatario evicta

eſt

eſt, non tenetur donator de evictione,* etiamſi id pacto comprehenſum ſit, ſed opus eſt ſtipulatione. *l. 2. C. de evict.* quoniam odioſum eſt, donatorem ex ſua liberalitate hanc moleſtiam pati, quanquam diſcrimen illud ſtipulationis & pacti moribus ſublatum eſt. Etſi autem donator de evictione citra ſtipulationem non tenetur, tamen ſi ſciens rem alienam donavit neſcienti, tenetur: actione de dolo ad id quod intereſt, ſi donatarius ſumptus fecerit in rem donatam. *l. Ariſto.* 18. §. *ult. ff. de donat. l. ad res.* 62. *ff. de ædil. edict.* bene Donellus ad *l. 2. C. de evict.*

Eadem ratione, quia legatum ſpecies quædam donationis eſt, heres rei certæ legatæ, puta Stichi, evictionem non præſtat. *l. cum pater.* 77. §. *evictis.* 8. *ff. de leg.* 2. *l. ſi à ſubſtituto.* 45. §. 1. *&* 2. *ff. de leg.* 3. niſi teſtator ſciens rem alienam eſſe, eam legaverit ab herede: quia ex conjectura voluntatis præſumitur teſtator heredem onerare voluiſſe periculo evictionis, per *l. Sticho.* 36. *in fin. ff. de uſufr. leg.* Quod ſi generaliter res legata ſit, puta ſervus, hic placet etiam heredem evictionem præſtare. *l. heres.* 58. *de evict. l. ſi domus.* 71. §. 1. *ff. de legat.* 1. Quod autem ſupra dixi, donatorem non præſtare evictionem, quoties ſtipulatio de evictione non interceſſit, id ſimpliciter procedit & verum eſt, ſive à traditione, ſive à promiſſione donatio inceperit. Nam ſi donator ultro ſine pacto rem donans & tradens, ea evicta non tenetur. Ergo nec nunc tenebitur, cum ex pacto tradidit. Dedit quidem Juſtinianus ex hoc pacto actionem, ut res traderetur, non autem ut ea evicta præſtaretur evictio. *l.* 35. *C. de donat. Donell. ad l. 2. C. de evict.* diſſ. *Caballin. de evict.* §. 3. *n.* 3.

CAP.

Digitized by Google

CAP. IX.

An & quomodo fœnus differat ab uſura?

VEteres uſuram pro uſu dixiſſe certum eſt, qua in ſignificatione paſſim ea voce utitur Cicero, ne quis putet nimis Caſcam. *lib.* I. *Tuſculan. Natura,* inquit, *dedit uſuram vitæ, tanquam pecuniæ nulla præſtituta die.* Idem pro *Rabir. & Verrin.* 7. *uſuram lucis. lib.* 3. *epiſt.* ad Appium Pulchrum, *uſuram temporis* dixit, pro uſu. Plauto uxor uſuraria, cujus uſuram, id eſt, uſum corporis ad tempus aliquis cepit. Idem in *Trinummo*: *Nec adeo haſce emi mihi, nec uſura mea,* id eſt, ad uſum meum. Et hac ſignificatione creditor ipſe uſuram dat, nullumque mutuum eſt ſine uſura, id eſt, ſine uſu. Uſura vero quam debitor pro uſu pecuniæ ſolvit, longe aliam notionem habet. Vectura vocatur merces, quæ pro vectione datur, ναῦλον latura, quod pro onere ferendo accipiebat bajulus, φόρτϛον. Mercatura lucrum de merce, ut notat Nonius. Similiter & uſura eſt merces, quæ pro uſu pecuniæ datur. Et obſervare licet veteres auctores, uſuram de uſu in numero ſingulari potius uſurpaſſe; uſuras vero dicere maluiſſe numero plurativo, quæ ob uſum fœnebris pecuniæ debentur, qui τόκοι Græcis. Cicero *Verrin.* 4. *Quis enim hoc fecit unquam, ut cum Senatus publicanos uſura ſæpe juviſſet, magiſtratus à publicanis pecuniam pro uſuris audeat auferre?* Qui pecuniæ uſura aliquem juvat, is eſt qui pecuniam illi dat utendam. Uſuras pro pecunia aufert, qui exigit mercedem pro uſu pecuniæ. Uſura igitur proprie loquentibus eſt χρῆσις, uſuræ τόκοι. Hinc uſuræ trientes, quincunces, ſemiſſes, &c. Centeſimas ſingulas dixit Cicero in epiſtolis ad Atticum, & binas centeſimas 5. Verrin. Ita bene & erudite D. Salmaſius *lib. de uſur. c.* 4. Cæterum uſuræ aut uſurarum appellatione non tantum ſignificatur

catur ea quantitas quæ pro uſu fœnebris pecuniæ ſolvitur, verum etiam ea quæ ex alia cauſa, quam mutui, ex conventione aut mora debetur. Itaque ſic recte definietur uſura, pecunia quæ pro uſu ſortis, aut alias ultra ſortem præſtanda eſt. Sors hic ſignificat quantitatem principaliter debitam; uſuræ ſunt acceſſio ſortis: & ideo ſublata obligatione ſortis, & ipſæ deberi deſinunt. *l. tutor.* 41. §. 1. *ff. de uſur. l. acceptam.* 19. *C. eod. l.* 4. *C. de compenſ.*

Fœnus à fœtu dictum putant Varro, Gellius, Nonius, quaſi fœtura quædam pecuniæ, ut Græci τόκον ἀπὸ τοῦ τίκτειν dicunt. Doctiſſimus Salmaſius loco ſupra citato dictum putat à Græco ποῖνος, quod idem valet, quod ποινὴ, quod probabilius eſt. Nam ποινὴ non tantum pœnam, ſed etiam mercedem, pretium ſignificat, ſicut τιμὴ & pretium pro pœna ponitur. Terentius in Andria, *Ego pretium ob ſtultitiam fero*, id eſt, pœnam. Perfidiæ pretium, id eſt, ultio, apud Ovidium. Nec verum eſt, quod fœnus ſit fœtus pecuniæ, aut idem quod Græcis τόκος, ut mox clare demonſtrabitur. Crediderunt interpretes, atque inter eos etiam oculatiſſimi quique, uſuram eſſe nomen generis, fœnus ſpeciei, & omne quidem fœnus eſſe uſuram, at non contra omnem uſuram eſſe fœnus. Fœnus aiunt ſignificare eam uſuram quæ accipitur pro mutuo: unde paſſim fœneratores appellentur, qui pecuniam dant mutuam ſub uſuris. Quamvis enim in ſpecie fœnus hoc appelletur, tamen uſuram quoque appellari, quaſi hic fœnoris & uſuræ appellatio confundatur. *arg. l.* 6. *pr. &* *l.* 7. *ff. de naut. fœn.* ubi Paulus uſuras maritimas appellat fœnus nauticum, arg. rubricæ, quæ eſt de fœnore nautico. Eas autem uſuras, quæ ex mora aut re ipſa debentur, nunquam appellari fœnus, nec qui eas accipiunt aut petunt, fœneratores dici. Sed inſignis hic interpretum error eſt, quem detexit Salmaſius *d. loc.* Etenim fœnus non ſimpliciter ſignificat

uſuram

Digitized by Google

uſuram pecuniæ creditæ, ſed pecuniam creditam ſub uſuris, æs alienum ſub uſura contractum δάνειον ἔντοκον. Uſura eſt merces fœnoris. Tacitus *de morib. German. Fœnus agitare & in uſuras extendere ignotum, ideoque magis averſantur, quam ſi vetitum eſſet.* Idem *lib. 6. Annal. ut debitores duas partes fœnoris ſolverent dixit*, pro quo Suetonius in eadem re narranda, *æris alieni duas partes.* Titulus ff. qui tractat de trajectitia pecunia, inſcriptus eſt *de nautico fœnore*, non *de nautica uſura*, & apud Græcos περὶ ναυτικοῦ δανείου, non περὶ ναυτικοῦ τόκου. Qu are? Quia in communi mutuo uſuræ ſucceſſive currunt, & pro rata temporis ſolvuntur ſeorſum ab ipſa ſorte, cum in trajectitia pecunia de ſorte ſimul ſolvenda cum uſuris in exitu navigationis fiat conventio. Nimirum totum fœnus ſimul ſolvebatur & ſemel, hoc eſt, ſors ipſa cum uſuris. Utique in *l. 3. C. de naut. fœnor.* nauticum fœnus, quod datum dicitur, non poteſt accipi pro uſura nautica. Id enim dedit creditor, qui uſuram dediſſe dici non poteſt: & quod initio appellatur fœnus nauticum, poſtea dicitur pecunia fœnebris. Igitur nauticum fœnus eſt pecunia fœnerata ſub uſuris nauticis. Frivola autem illa collectio eſt, ſub titulo de fœnore nautico fit mentio uſurarum maritimarum, ergo uſuræ maritimæ ſunt idem quod fœnus nauticum. Quare enim ſub eo titulo non poſſit fieri mentio earum uſurarum, quas fœnus nauticum parit? Res eſt clara, ſi fœnerari eſt δανείζειν, fœnus eſt τὸ δάνειον, & quidem ἔντοκον, nam gratuitum eſt ἄτοκον. Unde apparet verum eſſe quod modo dicebamus, fœnus non eſſe fœturam pecuniæ, ſed uſuras eſſe fœtus & partus fœnoris, τοὺς τόκους δανείου. Ac neque in hiſce locutionibus, *fœnore dare, fœnore pecuniam occupare*, fœnus pro uſura accipitur, ſed pro mutuo fœnebri. Neque dicunt Latini pecuniam uſuræ dare, aut uſuris eam occupare: non enim eſt occupata uſuris, ſed credito, ut uſuras pa-

riat

riat: recte autem dicimus, credere pecuniam ſub uſuris, δανείζειν ἐπὶ τόκῳ. Sic ſumere pecuniam fœnore dicimus δανείζεσθαι παρά τινος, non ſumere uſura. Sic locare pecuniam fœnore dicitur, qui credendo locat, ut mercedem, id eſt, uſuram recipiat. Uſura locare pecuniam nemo dixerit. In fœnore pecuniam habet, aut nummos in fœnore poſitos, qui eos habet iu rebus creditis: neque enim in uſuris tantum habere pecuniam exiſtimandus eſt, ſed etiam in ſorte ipſa. Valerius Maximus *lib. memorab.* 8. de Conſidio quodam: *Cum centies atque quinquagies ſeſtertii ſummam in fœnore haberet, neque de ſorte quenquam debitorum ſuorum, neque de uſura à ſuis appellari paſſus eſt.* Ergo fœnus & ſortem & uſuras comprehendit. Veteres dicunt, uſuræ trientes, fœnus trientarium. Uſuræ trientes ſunt, quæ trientem centeſimarum dant: fœnus trientarium, quod uſuras trientes reddit. Sic fœnus unciarium, quod uſuras uncias exigit. Tacitus *lib.* 5. *annal. Duodecim tabulis ſanctum, ne quis unciario fœnore amplius exerceret.* Denique fœnus exercere dicimus; uſuras exercere, dicere non licet. Exercemus terram, quæ colitur, ut fructum reddat: non exercemus fructus. Plura ſi quis deſideret, adeat Salmaſium *lib. de uſur. c.* 2. plane non negamus interdum fœnus pro uſura poni; ſed cum id fit, tropica eſt locutio, quia nunquam fœnus eſt ſine uſura.

CAP. X.

An & quatenus mora debitoris noceat fidejuſſori?

Omnes debitores, qui certam rem debent, liberari ejus rei interitu ſine culpa eorum & ante moram ab iis commiſſam contingente ſæpe reſponſum eſt *l.* 5. *ff. de reb. cred. l. ſi ex legati.* 23. *ff. de verb. obligat. l. penult. ff. de ſolut.* Ex contrario veterum regula eſt, moram perpetuare obligationem, licet

caſu

caſu fortuito res extincta ſit: quod hanc habet ſententiam, ſi res debita poſtea perierit, quam per debitorem ſtetiſſet, quominus eam daret, ipſius id detrimentum eſſe, perindeque eum perpetuo teneri, ac ſi res adhuc extaret. *d. l. nemo.* 23. *l.* 82. §. 1. *l. ſi ſervum.* 91. §. 3. *& ſeqq. ff. de verb. obl.* ubi circa finem quatuor effectus hujus perpetuationis recenſentur. 1. quod adhuc res ipſa peti poſſit. 2. quod accepta ferri. 3. quod adhuc fidejuſſor ejus obligationis poſſit accipi. 4. quod poſſit novari, id eſt, in aliam obligationem transferri. Fidejuſſoribus quoque perpetuari obligationem in *d. l.* 91. §. 4. *in fin.* reſponſum eſt: & alibi ab eodem Jureconſulto, cum reus moram facit, & fidejuſſorem teneri. *l. ſi quis ſolutioni.* 24. §. 1. *ff. de uſur.* Sed quid verbis illis intelligit Juriſconſultus? an quemadmodum ex mora ipſius rei obligatio ſic augetur, ut uſuras quoque in bonæ fidei judiciis ex eo tempore debere incipiat, ita quoque augeatur obligatio fidejuſſoris propter moram rei, ut & ille quoque ad uſuras jam teneatur? Nequaquam: ſed hæc Juriſconſulti ſententia eſt, ſicut mora principalis debitoris efficit, ut licet res debita caſu perierit, dummodo poſt moram, obligatio in perſona debitoris perpetuetur, ut nihilominus rei debitæ & peremptæ æſtimationem debeat, ita cum eodem effectu obligationem perpetuari & durare in perſona fidejuſſoris. *l. ſi à colono.* 58. §. 1. *ff. de fidejuſſ.* & hactenus quoque moram rei nocere fidejuſſori. *l. mora rei.* 88. *ff. de verb. obl.* quod & in cæteris acceſſionibus obtinet, veluti in mandatore, & patre, qui de peculio obligatus eſt ex contractu filii. *l. cum filiusf.* 49. *pr. d. l. ſi ſervum.* 91. §. 4. *&* 5. *ff. de verb. obl.* Quod ſi quis hujus juris rationem quærat, cur ſcilicet poſt moram debitoris re perempta obligatio perpetuetur etiam in perſona fidejuſſoris, inveniet illam apud Paulum in *d. l.* 91. §. 4. hanc nempe, quia in totam cauſam ſpopondit,

id

Digitized by Google

id eſt, in ea omnia, quæ principaliter in obligationem deducta ſunt. Atque hoc quidem quod diximus, reo moram faciente obligationem perpetuari etiam fidejuſſoribus, omni dubio caret. De eo autem inter omnes non convenit; an ſicut reus principalis ob moram in bonæ fidei judiciis uſurarum quoque nomine tenetur. *l. mora.* 32. §. *ff. de uſur.* ita & de his ob moram debitoris teneatur fidejuſſor? Sed hoc omnino negandum eſt, propter rationes ſubjectas. 1. Quia ob moram aut culpam rei non oportet augeri obligationem fidejuſſoris, ut diſerte reſponſum eſt in *l. centum Capuæ.* 8. *ff. de eo quod cert. loc. l. ult. ff. de fidejuſſ.* Atqui ſi fidejuſſor ex mora rei uſuras præſtare teneretur, augeretur utique fidejuſſoris obligatio propter moram rei contra d. textum. 2. Si mora rei obligaret fidejuſſorem ad uſuras, teneretur fidejuſſor etiam ad uſuras præſtandas, quamvis ad eas ſe non obligaviſſet. Atqui non tenetur fidejuſſor ad uſuras, niſi ad eas quoque ſe obligaverit. *l. ſi mandator.* 8. *C. quod cum eo qui in al. poteſt.* ibi, *Si te his omnibus obligaſti.* Igitur ex contrario, ſi te his omnibus non obligaſti, non teneris. 3. arg. *l. fidejuſſores.* 68. §. 1. *ff. de fidejuſſ.* ubi negat Juriſconſultus, fidejuſſores qui in ſortem ſe obligaverant, in uſuras teneri. 4. Ut alieno nomine conveniri non poteſt, qui omnino pro alio ſe non obligavit. *l. nec intentio.* 23. *C. de tranſact. l. pen. C. ne ux. pro mar. l.* 1. *C. ne fil. pro patr.* ita nec is qui pro alio ſe obligavit, ultra quam in quantum ſe obligavit, conveniri poteſt: quia hactenus verum eſt, eum obligatum non eſſe: ſiquidem partis eadem ratio eſt, quæ totius. *l. quæ de tota.* 76. *ff. de rei vind.* Ex his efficitur, fidejuſſorem in uſuras non teneri ex mora rei, niſi in eas quoque ſe obligaverit. Hinc quæritur, quando fidejuſſor cenſeatur etiam ad uſuras ſe obligaſſe? Et quidem ſi ad certam ſummam duntaxat ſe obligavit, in uſuras ſe obligaſſe non videtur,

Digitized by Google

detur. *l. fidejuſſores.* 68. §. 1. *ff. de fidejuſſ.* Quid igitur? Tunc in uſuras quoque tenetur fidejuſſor, cum vel expreſſe in has quoque ſe obligavit, vel ſe obligavit in omnem cauſam. *l. quæro.* 54. *pr. ff. locat. l.* 5. *C. de pact. int. empt. & vend. l.* 2. §. *pen. ff. de adm. rer. ad civ. pert.* In omnem autem cauſam ſe obligaſſe intelligitur, qui hoc modo fidejuſſit, *In quantum illum condemnari ex bona fide oportebit, tantum fide tua eſſe jubes?* vel ita, *indemnem me præſtabis? d. l. quæro.* Quanquam non ſemper ad hoc, ut fidejuſſor in totam cauſam obligatus intelligatur, neceſſe eſt, ut hujuſcemodi verba diſerte exprimantur, de quo plura paulo poſt. Quod ſi ſtipuletur creditor, quicquid debitorem dare facere oportet, non in omnem cauſam, ſed in præſentem duntaxat obligationem ſpopondiſſe fidejuſſor intelligitur. At ſi addat creditor, *oportebitve*, in omnem cauſam fidejuſſio facta cenſetur. *l. ſi ſtipulatus.* 76. §. 1. *l. ſi à colono.* 89. *ff. de verb. oblig.* Igitur cum moræ duplex ſit effectus, unus ut in bonæ fidei contrâctibus uſuræ & fructus præſtentur: alter ut in omnibus tam ſtricti juris, quam bonæ fidei judiciis, ſpecies debita poſt moram perempta adhuc debeatur; prior moræ effectus fidejuſſori, niſi in omnem cauſam fidejuſſerit, non nocet, poſterior nocet. Excutiamus jam locos aliquot, qui huic ſententiæ obſtare videntur. Ex his unus eſt ille Pauli in *l. ſi ſervum.* 91. §. *nunc videamus.* 4. *in fin. ff. de verb. oblig.* ubi Juriſconſultus agens de fidejuſſore in rem certam accepto, ait eum in totam cauſam ſpopondiſſe. Reſpondeo, vocabulum cauſæ non uno modo ſemper accipitur: ſed aliquando refertur ad rem ipſam quæ in obligationem deducta eſt, & condemnationem quæ circa ipſam verſatur, ut in *d. l. ſi ſervum.* §. 4. Aliquando ſignificat omnem utilitatem rei & negotii, de quo agitur, ut in *d. l. quæro. ff. locat. l. præterea.* 20. *ff. de rei vind. l. videndum.* 38. §. *ſi actionem.* 7. *ff. de uſur.*
Itaque

Itaque pro re ſubjecta illud explicandum erit. Atqui in *d. l. ſervum.* §. 4. non quæritur de uſuris aut acceſſionibus rei in obligationem deductæ; ſed de re ipſa & condemnatione re poſt moram perempta facienda, nempe an interitu rei, qui poſt moram accidit debitoris, liberetur fidejuſſor, nec ne, ut apparet ex ipſo textu & §. precedente. Adde quod de uſuris quæri non poteſt, niſi pecunia debeatur, nec de rei interitu, niſi certa debeatur ſpecies; cum nec quantitas debita perire poſſit. *l. incendium.* 21. *C. ſi cert. pet.* nec uſurarum quæſtio moveri, ubi non debetur quantitas.

Eadem fere reſponſio eſt ad *l. ſi quis.* 56. §. 2. *ff. de fidejuſſ.* ibi, *in omnem enim cauſam acceptus videtur.* Ecce enim non dicit Juriſconſultus, fidejuſſorem in omnem cauſam obligatum eſſe ſimpliciter, ſed addit, quæ ex numeratione naſci poteſt. Unde apparet hoc referendum eſſe ad principalem obligationem, non ad acceſſiones ejus, ut hic ſit ſenſus, fidejuſſorem ſe obligaſſe videri in caſum tam conſumptorum numerorum, quam extantium, id eſt, & acceptionis, ſi pecunia fuerit dantis, & conſumptionis, ſi aliena. Magis adverſari videtur *l. amiſſi.* 52. §. 2. *ff. de fidejuſſ.* ubi Papinianus ait, fidejuſſores à colonis datos etiam ob pecuniam dotis prædiorum teneri. id eſt, ob æſtimationem inſtrumentorum, quæ prædiis ſic attribuuntur, ut dos nuptiis. *l.* 2. §. *ult. l. Sciæ.* 10. §. 1. *ff. de inſtruct. vel inſtrum. leg.* Reſpondeo, Papinianum non loqui de fidejuſſore, qui in certam ſummam pro mercede locationis à colono præſtandam intervenit, ſed de eo, qui à colono datus eſt in cauſam conductionis, vel in conductionem ſimpliciter: qui perinde tenetur, ac ſi promiſiſſet locatorem indemnem fore. Neque enim, ut ante dixi, ad hoc ut fidejuſſor in omnem cauſam interceſſiſſe videatur, & conſequenter in uſuras quoque & alias acceſſiones ſe obligaſſe, neceſſe eſt in

bonæ

Digitized by Google

bonæ fidei contractibus nominatim hæc verba aut ſimilia exprimere: *Indemnem me præſtabis?* aut *in quantum illum condemnari ex bona fide oportebit*, &c. ſed ſufficit ſimpliciter, verbi gratia, in cauſam conducti aut empti fidem ſuam adſtrinxiſſe citra mentionem certæ quantitatis. *arg. l. 2. §. pen. ff. de adm. rer. ad civ. pert. l. 5. C. de pact. int. empt. & vend.* nec mutat, *in cauſam* dicat, indefinite, an *in cauſam omnem* ſive *univerſam*; cum propoſitio indefinita ſecundum regulas logicorum æquipolleat univerſali. Non obſtat igitur, quod apud Africanum & Ulpianum legimus, ſi tutor moram fecit, etiam fidejuſſores ejus nomine uſurarum medii temporis teneri. *l. ſi poſtea. 10. ff. rem. pup. ſalv. for. l. 3. ff. de fidejuſſ. tut.* Nam ſtipulatio rem pupilli ſalvam fore in omnem cauſam tutelæ interponi intelligitur, & id omne continere, quod in tutelæ judicium venit. *l. cum pupillus. 9, l. cum rem. 11. ff. rem pup. ſalv. for.* Nonnihil autem negotii facit ſpecies *l. pen. ff. ut leg. nom. cav.* ubi cum legatarii ab uno è duobus heredibus, cum ab utroque legatum eſſet, ſatis legatorum nomine accepiſſent, & poſtea deficiente coherede portio ejus accreviſſet promiſſori, ait Juriſconſultus in totum fidejuſſores teneri, ſicut & is ſolidum debere cœpit: & ſi aucta ex poſt facto obligatione promiſſoris principalis augetur & acceſſoria fidejuſſorum. Reſpondeo, quod jure accreſcendi accedit & debetur, non venit ex mora, neque ex cauſa aliqua poſtea emergente, ſed vi principalis obligationis: quia ea eſt conditio coheredum, ut qui ex iis hereditatem adiit, cogatur etiam invitus cum onere recipere portionem deficientis, ne quis pro parte teſtatus, pro parte inteſtatus decedat. *l. unic. §. his ita C. de caduc. toll.* qua de cauſa & fidejuſſores eo caſu obligantur, virtute nimirum principalis obligationis, non propter moram aut aliam novam cauſam. Unus adhuc ſcrupulus evellendus eſt, quem

Digitized by Google

nobis injicit Ulpianus in *l.* 1. §. *belliſsime.* 13. *ff. ut. leg. nom. cav.* ait belliſſime quæri, an ſtipulatio ſeu ſatiſdatio legatorum nomine incrementum ex fructibus vel uſuris ſentiat: & reſpondet recte placuiſſe ex mora incrementum habituram, ut id quod oportebit comprehendat. Sed animadvertendum eſt, hanc ſtipulationem eſſe prætoriam, ac proinde de mente prætoris legem accipere ſecundum *l. in conventionalibus.* 52. *pr. ff. de verb. oblig.* & hoc ſignificat Ulpianus his verbis, *ut id quod oportebit comprehendat*, nempe etiam ſi verbum futuri temporis *oportebit* expreſſum non ſit, ſed præſentis duntaxat *oportet*, licet ſecus ſit in ſtipulatione conventionali, in qua futurum *oportebit* non ſubintelligitur, ſed exprimi debet, ut omnis cauſa comprehendatur. *l. ſi ſtipulatus.* 76. §. 1. *l. ſi à colono.* 89. *ff. de verb. oblig. D. Bachov. ad Treutl. vol.* 1. *diſp.* 23. *theſ.* 5. *litt. D. & F.* reſpondet ſtipulationem legatorum cautionalem eſſe & inducere naturam obligationis ex teſtamento, quæ ratione fructuum & uſurarum bonæ fidei contractus naturam imitetur. *l. uſuræ.* 34. *ff. de uſur.* Sed melior eſt prior reſponſio; quia poſteriori perſpicue obſtat *d. l. ſi à colono.* Eſt autem noſtra de tota hac quæſtione ſententia communi D D. conſenſu probata in *l. centum Capuæ.* 8. *ff. de eo quod cert. loc. & l. fidejuſſores.* 68. §. 1. *ff. de fidejuſſ.* quanquam ſingula non tam plane & dilucide ab aliis explicantur. Aliter ad pleraque reſpondet Bronchorſtius *cent.* 4. *aſſert.* 54. rectene, an ſecus, lectorum judicio permitto. Ego aliorum nævos lubenter prætereo, & extra quam ſi res, de qua agitur, id flagitet, moris mei non eſt aliena carpere.

CAP.

Digitized by Google

CAPUT XI.

An ſolæ quæſtiones facti ſint objectum probationis?

IN probatione conſiſtit potiſſimum momentum ad obtinendum jus noſtrum, quippe quaſi ſi quis deſtituatur, audiet illud Pauli in *l. duo ſunt Titii.* 30. *ff. de teſt. tut.* non jus, ſed probatio deficit. Inanis enim eſt actio, niſi indubitatæ probationis fide apud judicem competentem liqueat, verum eſſe quod in judicium deducitur. Omnis autem probatio noſtra aut tabulis conſtat, aut teſtibus. *c. foris. ext. de verb. ſign.* ſed ea aut directa eſt, cum ſcilicet id quod probare volumus, ipſis teſtimoniis aut inſtrumentis continetur; aut obliqua, cum id quod intendimus, ex tabulis aut teſtimoniis argumentando colligimus: quarum illa ἄτεχνος, hæc ἔντεχνος dici poteſt. Atque ex hoc vel ſolo intelligi poteſt, quid ad quæſtionem propoſitam reſpondendum ſit, nimirum non juris, ſed facti quæſtiones eſſe objectum ſive materiam, circa quam verſetur probatio; ſiquidem jus probari inſtrumentis aut teſtibus non poteſt, ſed ſola facta. Imo juris allegatio non indiget probatione, quia jus omne certum eſt. *l.* 2. *ff. de jur. & fact. ignor.* certa autem & notoria non probari debent, ſed allegari ſufficit. *C. evidenter. ext. de accuſ. Mynſing.* 6. *obſ.* 3. Plane non negamus dubiam interdum eſſe legum ſententiam, eamque conjecturis & argumentis eliciendam, ſed hoc ipſis incumbit judicibus, quippe quorum officium eſt, ut ubi de facto conſtat, ipſi etiam non admoniti de jure diſpiciant. *pr. Inſt. de offic. jud.* Sed & pedanei judices de facto tantum, non de jure cognoſcebant. Quod ſi de jure incidiſſet dubitatio, prætorem aut præſides, à quibus dati erant, conſulere, non litigantium allegata ſequi debebant. *l. eum quem.* 79. §. 1. *ff. de*

Digitized by Google

judic. Totum quidem illud in judicis poteſtate eſt, ut ſtatuat, utrum ſatis ſibi probatum ſit id de quo quæritur, an non. *l. 3. §. 2. ff. de teſtib.* at hoc non ad juris, ſed ad facti quæſtionem duntaxat pertinet; ſolæ enim facti quæſtiones in poteſtate ſunt judicis, non juris. *l. 1. §. 4. in fin. ad SC. Turpill. l. ordine. 15. in fin. pr. ff. ad municipal.* Imo uſque adeo non tenentur litigatores judici probare, quid juris ſit, ut contra judex, ſi quid à litigatoribus eorumve advocatis minus fuerit dictum, id ſupplere & proferre debeat, quod ſciat legibus & juri publico convenire. *l. un. C. ut quæ deſ. adv. jud. ſuppl.* qui textus omnino ad ea pertinet, quæ juris ſunt, non ad ea quæ ſunt facti, ut & in ipſo textu aperte dicitur. Hinc illud quod in Curiis Galliæ celebratum refert Mynſingerus, *Venite ad factum, Curia novit jus.* Non obſtat locus Pauli in *l. 5. pr. ff. de probat.* ubi ait ab ea parte quæ dicit adverſarium ſuum aliquo jure prohibitum eſſe ſpecialiter lege vel conſtitutione, id probari oportere. Nam illic non de jure ipſo, ſed de jure partis agitur: nempe ubi quis negat alicui id licere, quod jure communi omnibus conceſſum eſt; veluti ſi quis dicat aliquem jure prohibitum eſſe advocatione, probare debet eum prætuliſſe illicita compendia ſuæ exiſtimationi: non autem qui talia faciunt, advocatione prohiberi, quod juris eſt. *l. 5. C. de poſtul.* Similiter, accuſor à Titio facinoris alicujus, aio eum prohibitum eſſe accuſare, propter cauſam aliquam, de quibus in *l. 8. ff. de accuſat.* Si Titius id neget, meum erit probare, non jus, quod certum eſt & notum, ſed factum ipſum, puta turpem quæſtum, infamiam, &c. adverſarii. Omnes poſſunt mutuum accipere, qui jure non prohibentur. Prohibetur autem filiusfam. Senatuſconſulto Macedoniano. Itaque ſi quis à creditore conventus dicat ſe non potuiſſe mutuum accipere propter Senatuſconſultum Macedonianum, is non debet probare

Sena-

Digitized by Google

Senatuſconſulto cautum eſſe, ne cui, qui filiofam. mutuam pecuniam dedit, actio petitiove detur, ſed ſe eſſe filiumfam. Ipſe autem judex ſtatuet, quid juris ei tanquam filiofam. ex Senatuſconſulto competat. In ſumma cum de jure partis controverſia eſt, in quæſtionem facti res incidit. Fatemur equidem jus aliquando inter advocatos eſſe controverſum, dum ille hoc, alter iſtud ait eſſe juris certi: ſed quid ſit certi & explorati juris, judex non ex probatione advocatorum, ſed ex tabulis publicis & corpore juris diſcere debet. *pr. Inſt. de offic. jud. l. un. C. ut quæ deſ. adv. part.* in quam rem & Ariſtoteles 1. *Rhet.* 1. ἢ δίκαιον, inquit, ἢ ἄδικον, αὐτὸν δήπου δικαστὴν δεῖ γινώσκειν, καὶ οὐ μανθάνειν παρὰ τῶν ἀμφισβητούντων. Quod ſi quæratur de communi DD. opinione, quam plerumque judices in judicando ſequuntur, hic etiam facti quæſtionis ſpeciem res induit, haud ſecus quam conſuetudo facti eſſe dicitur, & probanda eſt, ubi de ea dubitatur. Rhetores etiam in ſtatu juridiciali probatione utuntur: ſed palam eſt eos verbo probationis intelligere omnem allegationem, qua utimur ad confirmandum id quod dicitur, ſive id in jure conſiſtat, ſive in facto. At nos probationem accipimus, quaſi ad ſtatum conjecturalem duntaxat pertineat, cum quæritur de facto, non de jure. Et hoc dicimus, cum quæritur, quid probari debeat, an omne id de quo diſputatur, ſive facti ſit quæſtio, ſive juris, is cui incumbit probatio, judici probare teneatur, & niſi probet, ſententia contra eum ſit ferenda, facti tantum probationem ei incumbere, non etiam juris; probatoque facto ipſum judicem diſpicere debere, ne aliter judicet, quam legibus aut moribus proditum eſt. *pr. Inſt. de offic. jud.* Quod ſi probationem accipiamus, ut rhetores faciunt, pro quavis confirmatione ejus quod dicitur, etiam ubi de jure diſputatur, probatione utimur, id eſt, allegatione juris. Quis enim ignorat

etiam in ſtatu juridiciali multa aſſerri ſolere, ut probetur aliquid jure factum eſſe, aut ſecus? Cæterum ad victoriam cauſæ id neceſſarium non eſt, cum ipſe judex, ubi de facto conſtat, etiam non admonitus de jure diſpicere debeat, ut jam aliquoties dictum eſt. Enimvero hæc ita obtinent & vera ſunt, cum de jure ſcripto quæritur. Aliud autem dicendum eſt, cum agitur de jure non ſcripto ſive conſuetudine. Nam qui conſuetudinem allegat, eam probare ſolet, aut rebus judicatis ſecundum *l. cum de conſuetudine.* 34. *ff. de legib.* aut per turbam ſive teſtes conglobatos, ut hodie fit in Curiis, de quo pulchre *Ant. Faber Cod. ſuo forenſ. de teſtib. defin.* 3. *&* 14. Nempe cum conſuetudo ſenſum tacito utentium conſenſu introducatur, neceſſe eſt conſenſus is ex factis & tractu temporis arguatur. Et quia hoc reſpectu conſuetudo facti eſt, probari quoque debet. Plane ſi certa ſit conſuetudo & notoria, juxta eam judicandum eſt, quamvis ne allegetur quidem. *Gail.* 2. *obſ.* 31. *Mynſing.* 6. *obſ.* 41. *& ſeq. Diod. Tulden. in C. quæ ſit long. conſuet. VVeſenb. par. ff. de probat. n.* 7.

CAP. XII.

An factum negantis, quatenus negat, ulla ſit per rerum naturam probatio?

Quod paſſim legimus actorem, quod intendit, probare oportere, eo non probante, reum, etſi nihil ipſe præſtet, abſolvi. *l. quotiens.* 18. *l. verius.* 21. *l. ante omnia. ff. de probat. l.* 8. *l. actor.* 23. *C. eod. l.* 4. *C. de edend. l.* 9. *C. de oblig. & act.* id quidem verum eſt, quando reus id quod actor aſſeverat, ſimpliciter inficiatur, & ita capiendi ſunt iſti textus. Cæterum cum reus ad defenſionem ſuam depulſione aut exceptione utitur, ejus quod dicit probatio ipſi reo incumbit, actor contrarii probatione non oneratur: veluti ſi reus dicat ſe ſolviſſe, ſibi accepto

cepto latum eſſe, dolo malo ſe inductum, pactum eſſe, ne actor peteret, &c. *l.* 1. *C. de probat. l. quotiens.* 18. §. 1. *& l. ſeq. pr. ff. eod. l.* 1. *ff. de except.* In ſumma is probare debet, qui dicit & aliquid affirmat, ſive actor ſit, ſive reus. *l.* 2. *ff. de probat.* Et ratio eſt, quia factum negantis quatenus negat, per rerum naturam nulla eſt probatio. *l. actor.* 23. *C. eod. tit. l. aſſeveratio.* 10. *C. de non num. pecun.* Non igitur ordo judiciorum hoc efficit, ut probari negatio facti nequeat, ut quidam male putant; ſed quominus probari poſſit, obſtat rerum natura, id eſt, vis ac poteſtas rebus à naturæ auctore, id eſt, à Deo indita, quæ eſt immutabilis. Finge viginti vel centum teſtes dicere ſe non vidiſſe mihi numerari pecuniam; non tamen hoc probatum eſt: poteſt enim nihilominus verum eſſe me pecuniam accepiſſe. Hinc vulgo Doctores aiunt, pluris eſſe unum teſtem affirmantem, quam viginti negantes. Atque idem dicendum eſt de inſtrumentis, quæ nihil exhibent niſi puram negationem ſuper eo negotio, de quo lis eſt. Cæterum hæc ita ſe habent in mera & ſimplici facti non limitati negatione. Quod ſi factum quod negatur, ſit loco & tempore circumſcriptum, aliud eſt, & talis negatio probari poterit: veluti ſi negem Lugduni mihi numeratum eſſe Calendis Januariis, hæc negatio certo tempore & loco circumſcripta eſt: & implebitur ejus probatio, ſi probem me eo die Lutetiæ fuiſſe. *l. optimam.* 14. *C. de contr. & committ. ſtipulat.* §. *item verborum.* 11. *Inſt. de inut. ſtip.* & utrobique *Gloſſ. & DD.* nec diſſimilis eſt ſpecies. *l.* 2. *C. de err. adv.* ubi negatio reſtricta eſt ad certam ſcripturam, unde error libellionis probari poteſt. Et tamen ne hic quidem, ſi rem bene expendamus, negationem probo, quatenus nego, ſed quia prius aliquid pono & affirmo, ex quo id quod nego per conſequentiam neceſſariam efficitur. Itaque illud adhuc manet, & perpetuo verum eſt, factum negantis,

Digitized by Google

quatenus ſolum negat, naturali ratione nullam eſſe probationem. Quod ſi prius aliquid affirmet & probet, unde id quod negat, per conſequentiam recte colligatur, jam non probat, quatenus negat, ſed quatenus affirmat. Atque hoc non tantum uno illo & altero, quem diximus, caſu contingit, ſed & pluribus aliis. Finge heredem negare, quod legatarius affirmat, bona defuncti ſufficere ad legata integra ſalva Falcidia exolvenda, in hac quæſtione diſerte reſponſum eſt heredi probationem incumbere. *l. cum de lege.* 17. *ff. de probat.* At quomodo heres hic probabit quod negat? Non poteſt directo: ſed poteſt per conſequentiam, oſtenſa prius quantitate legatorum & patrimonii defuncti. Poteſt autem heres ex libris rationum facile docere, quantum defunctus in bonis habuit. Similiter, ſi negem aliquem heredem aut dominum eſſe, potero id probare, ſed ita demum, ſi oſtendam hereditatem aut rem ad me pertinere. Denique quotieſcunque negationis dari poteſt concludens ratio, tunc ea implicite, ut loquuntur, continet affirmationem, atque ut planius loquar, vi & effectu affirmatio quædam eſt, non pura & puta facti negatio. Ut ecce, ſi filius neget ſe in poteſtate patris eſſe, vi ipſa affirmat, ſe eſſe ſui juris, & hoc probare poteſt, nempe ſi doceat ſe à proavo, aut avo paterno eſſe emancipatum, quæ probatio propterea etiam à filio exigitur. *l. ſi filius.* 8. *ff. de probat.* Huc item referenda negatio, quam interpretes appellant negativam juris, & qualitatis: exempli gratia, ſi negem Titium teſtamentum facere potuiſſe, quam negativam juris vocant, id probare debeo, & poſſum, ſi oſtendam eſſe filiumfam. Si negem poſſe eſſe procuratorem, id probabo, ſi militem eſſe oſtendero. Si negem teſtatorem mentis compotem fuiſſe, quæ Doctoribus qualitatis negatio eſt, mihi negatio hæc probanda, & implebitur intentio, ſi doceam furioſum fuiſſe. *l.* 5. *C. de codicill.*

Digitized by Google

dicill. Item ſi negem emancipationem rite factam eſſe, id probare debeo. *l.* 5. §. 1. *ff. de probationibus.* Si ſimpliciter negarem factam eſſe, nulla mihi imponeretur probatio, ac ne poſſet quidem imponi, quia facti indefiniti negatio probari nequit. Sed cum nego, emancipationem recte factam eſſe, hæc eſt negativa qualitatis, eamque probare poſſum & debeo, quia pro actu legitimo & coram magiſtratu celebrato præſumptio eſt omnia debito modo peracta eſſe. *arg. l.* 4. *C. de jur. & fact. ign. l.* 2. *C. ſi adv. rem jud.* Huc etiam pertinet ſpecies *l. non nudis.* 14. *C. de probat.* nam qui negat Titium eſſe filium ſuum, id probare poteſt oſtendendo eſſe alienum. Hæ autem negationes non ſunt negationes juris conſtituti, quod probatione non indigere ſuperiore quæſtione oſtendimus; ſed negationes ejus juris, aut qualitatis, quod vel quam pars adverſa ſibi competere aſſerit: ac proinde negationes facti. Nam qui negat alicui aliquid jure licere, ideo hoc non licere dicit, quia jure prohibeatur *l.* 5. *pr. ff. de probat.* quod eſt facti & qui id negat, factum negat, & res in quæſtionem facti incidit, ut ſuperiore quoque capite demonſtratum eſt. Deinde nec re ipſa ſunt negationes, ſed affirmationes. Qui negat emancipationem rite factam eſſe, vi ipſa ait emancipationem eſſe vitioſam, & jure prohibitam. Qui negat te idoneum eſſe procuratorem, affirmat te jure prohiberi procuratorem eſſe. Qui negat teſtatorem ſanæ mentis fuiſſe, aſſeverat eum dementem fuiſſe aut furioſum. Et ideo qui hoc dicit, probare debet, non quia verbis negat, ſed quia re affirmat. Et in univerſum hoc tenendum eſt, negationem aut affirmationem non ex verbis rei, ſed ex intentione actoris æſtimandam eſſe: ut ſi neget reus, quod actor intendit, vere negare dicatur, etiamſi utatur verbis affirmativis, veluti ſi actor intendat ſe dominum eſſe, poſſeſſor contra ſe dominum eſſe dicat, cujuſmodi ſpecies

Digitized by Google

proponitur §. 1. *Inſt. de action.* his verbis poſſeſſor affirmat ſe dominum eſſe, re negat actorem eſſe dominum, quia ejuſdem rei duo in ſolidum domini eſſe non poſſunt. Quod ſi reus non ſimpliciter neget intentionem actoris, ſed adverſus ejus intentionem prius aliquid afferat ad ſui defenſionem, quamvis utatur verbis negativis, affirmare intelligitur, ut in ſupra ſcriptis omnibus exemplis. Et hoc optime demonſtrari poteſt exemplo actionis confeſſoriæ & negatoriæ. Intendit aliquis ſe habere jus altius tollendi invito vicino, utitur actione negatoria, etſi oratio affirmativa eſt: quia re ipſa negat ſe ſervitutem vicino debere, ſive vicino jus eſſe prohibendi, quominus ædes altius tollat. Ex contrario negat aliquis jus vicino eſſe ædes ſuas altius tollere, hic agit confeſſoria, ut maxime utatur verbis negantibus, quia ſervitutem ſibi competere contendit, ſive jus ſibi eſſe prohibendi, ne vicinus altius ædificet; quæ intentio etiam figura orationis affirmativa eſt. *l.* 4. §. *competit autem.* 7. *ff. ſi ſerv. vind. DD. comm. ad* §. 2. *Inſt. de action. Donell. in l.* 23. *C. de probat. Duar. c.* 12. *prior. comment. ad tit. de probat.* Ex his tam paucis commodius & certius, opinor, tota res percipi poterit, quam ex fuſis & intricatis aliorum de probatione negativæ diſputatiouibus.

CAP. XIII.

An quo jure licitum ſit leviri aut gloris filiam neptemve uxorem ducere?

NOn ſolum propter cognationem ſeu ſanguinis conjunctionem à quarundam nuptiis abſtinendum eſt, ſed etiam affinitatis, quæ eſt cognationis quoddam ſimulacrum, ea vis eſt, ut quoſvis affines quibuſvis matrimonio jungi naturæ honeſtas non patiatur. Et omni quidem jure prohibentur jungi affines, qui invicem parentum & liberorum loco ſunt,

ſunt, ut ſocer & nurus, vitricus & privigna, & porro cæteri in recta ſive perpendiculari affinium linea. §. 6. & 7. *Inſt. de nupt. l. adoptivus.* 14. §. *ult. ff. eod. l. nemini.* 17. *C. eod. Levit. c.* 18. *verſ.* 8. 15. & 17. Atque hanc prohibitionem perpetuam & moralem eſſe evincit locus Apoſtoli 1. *ad Corinth.* 5. ubi tale ſtuprum (τοιαύτην πορνείαν) ne inter gentes quidem nominari ait, ut quis uxorem patris habeat. Tranſverſa autem affinitatis linea non videtur apud veteres Romanos prohibitionem ullam habuiſſe, idque variis exemplis doceri poteſt. Apud Marcum Tullium *lib.* 1. *de divinat.* & Valerium Maximum *lib.* 1. *c.* 5. legimus Metellum mortua uxore Cæcilia filiam ſororis Cæciliæ in matrimonium duxiſſe: quod tamen neuter eorum, ut novum aut illicitum refert. Et quamvis D. Beza dubitet, an hoc locum habuerit inter affines tranſverſi limitis in univerſum, puta ſi frater viduam fratris, vel patruus aut avunculus uxorem filii fratris aut ſororis, vel contra filius fratris aut ſororis uxorem patrui, aut avunculi ducere voluiſſent: ego tamen crediderim apud Romanos jura affinitatis morte unius è conjugibus pro extinctis habita fuiſſe; utique ſi liberi ex eo matrimonio non ſupereſſent. Nam apud Plutarchum legimus Marcum illum Craſſum cognomento Divitem defuncti fratris viduam duxiſſe: neque hoc tanquam novum aut præter morem factum auctor commemorat. Nimirum ut nuptiis contrahitur affinitas, ita ſolutis nuptiis eam diſſolvi crediderunt, ſalva tamen reverentia ex affinitate nata inter eas perſonas, quæ parentum & liberorum loco fuerant, quemadmodum & adoptione ſoluta nuptiæ non impediebantur niſi ob ſolam reverentiam inter eos, qui parentes & liberi fuerant. Neque enim dubito, quin patruus adoptivam filiam fratris, aut fratris filius amitam adoptivam, ſoluta per emancipationem adoptione, ducere potuerint, cum

nuptiæ etiam cum ſorore adoptiva diſſoluta adoptione conſtitiſſe certum ſit. §.2. *Inſtit. de nupt.* Cæterum inſignis hic veterum Romanorum error eſt; & ingens profecto eſt diſcrimen inter conjunctionem quæ ex adoptione oritur, & eam quam parit affinitas. Adoptio merum juris civilis commentum eſt: affinitas vero etiam cauſam naturalem habet, quæ ex commixtione corporum nata nuptiis ſolutis adhuc permanet, ut bene Pontifex in *c. 1. cauſ. 35. q. 1.* Atque hoc etiam poſteriores honeſtate propius inſpecta agnoverunt. Itaque longius itum, prohibitumque matrimonium inter levirum & glorem, ſororium & fratriam, id eſt, ut neque frater uxorem defuncti fratris ducere, nec viciſſim ſoror marito ſororis nubere poſſit, nec maritus cum ſorore uxoris, aut uxor cum fratre mariti conjungi. *l. 5. l. pen. & l. ult. C. de inceſt. nupt.* Quod & alii populi honeſtatis & verecundiæ paulo obſervantiores ſecuti ſunt, ut Alemani *legib. Aleman. tit.* 40. §. 1. boioarii *leg Boioar. tit.* 8. Franci *leg. Franc. lib.* 5. *tit.* 4. Convenienter ſcilicet legi divinæ *c.* 18. *Levit. verſ.* 16. quo loco cum fratris cum uxore fratris defuncti nuptiæ prohibeantur, prohibita quoque cenſeri debet ſororis cum marito ſororis ſuæ conjunctio ex ratione quam affert Moſes, quia, inquit, fratris tui pudenda ſunt: quod nihil aliud declarat, quam quia uxor fratris tui eſt, ut jam affinitate tu illi frater, illa tibi ſoror facta ſit, quos conjungi naturæ honeſtas non patitur. Et hanc quoque prohibitionem moralem eſſe arguunt loci novi fœderis *c.* 14. *Matth. verſ.* 4. *c.* 6. *Marc.* 18. *c.* 3. *Luc.* 19. Lex vero de fratria uno caſu ducenda, ſcilicet cum frater ſine liberis deceſſiſſet *c.* 25. *Deuter. verſ.* 5. myſterium continet, nempe ut in nomen primogeniti conſervaretur familia, & primogenita Chriſti nunquam intermoritura ſignificaretur. *Auguſtinus quæſtione* 62. *in Leviticum.* Eſt igitur exceptio

ceptio legis & diſpenſatio præcepti in *d. c.* 18 *Levit. verſ.* 16. In linea tranſverſa affinitatis inæquali nullum in libris juris Cæſarei extat interdictum: ſed nec ullus reperitur locus, ubi inter affines hujus lineæ nuptiæ permittuntur. Multi quoque exiſtimant illicitas fuiſſe, propterea quod etiam in tranſverſa inæquali linea perſona ſuperior parentis, inferiores liberorum locum obtinent. *l. nuptiæ.* § 3. *ff. de rit. nupt.* Et quia Modeſtinus generaliter pronuntiat, matrimonio copulari nefas eſſe, qui affinitatis cauſa parentum & liberorum loco habentur. *l.* 4. *ff. hoc itaque.* 7. *ff. de grad. & affin.* Pontifices Romani longius progreſſi ſunt, & ſicut in conſanguinitate vetuerunt conjungi non ſolum conſobrinos, ſed etiam ſobrinos & eorum liberos, quos quarto gradu numerant, cum octo inter ſe civili computatione diſtent, ita etiam in affinitate ad eundem uſque gradum prohibuerunt conjungi affines. *c. non debet. & ibi Canoniſt. de conſang. & affin.* Itaque ſecundum decreta Pontificum non potero ducere filiam aut neptem ſobrini uxoris meæ (*mijns huyſvrouwen achterſuſterlings dochter ofte dochters dochter*) ſine diſpenſatione. Sed hæc decreta nihil aliud ſunt quam laquei conſcientiarum, citra ullum reſpectum honeſtatis aut naturalis pudoris, fabricata tantum Sedis Romanæ crebris diſpenſationibus ditandæ gratia. Lex divina per Moſen data fere per omnia convenit cum jure Cæſareo Romanorum. In tranſverſa affinitatis linea inæquali Dominus expreſſe apud Moſen *d. c.* 18. *Lev. verſ.* 14. & *c.* 20. *verſ* 20. vetat conjungi fratris filium cum uxore defuncti patrui; adjecta hac ratione, quia eſt amita tua. Cui omnino conſequens eſt 1. nec ſororis filium cum uxore defuncti avunculi conjungi poſſe, quia illius eſt matertera. 2. nec patruum aut avunculum cum uxore filii fratris aut ſororis uxoris ſuæ, quia & illi hujus υἱοὶ. 3. nec amitam aut materteram cum

mariti

marito filiæ fratris aut ſororis : quoniam & illæ hujus Θεῖαι· de quibus poſterioribus ſpeciebus etiam nominatim apud nos cautum eſt *art.* 11. *art. polit.* Cæterum an æque ex conſequenti prohibitæ intelligi debeant nuptiæ mariti cum amita aut matertera uxoris ſuæ, aut de quo hic quæſtio eſt, cum fratris aut ſororis uxoris ſuæ, ſive leviri vel gloris filia, nonnulli dubitant, propterea quod hæc conjunctio non videtur tam longe recedere ab honeſtate & verecundia, quam præcedentes illæ. Minus enim aiunt verecundum eſt, patruum meum cum ea, quæ mea aliquando uxor fuit, conſueſcere, & duos conſanguineos cum eadem miſceri, quam illum, qui amitam meam in matrimonio habuit, jungi cum ſorore mea, & unum ſucceſſive cum duabus conſanguineis. Sed cur in his minus valeat ratio legiſlatoris, quia eſt amita aut matertera tua, quia eſt patruus aut avunculus tuus; συγγενεῖς γάρ σου εἰσίν, ut vertunt Septuaginta? Non aliam utique rationem interdicti affert Moſes. Et vero ſi in univerſum ſpectamus cauſam, ob quam nuptiæ etiam in quibuſdam gradibus affinitatis prohibentur, videlicet quia vir & uxor in unum corpus coaleſcentes jam non amplius duo ſunt, ſed una caro; in univerſum etiam dicendum videtur, eoſdem gradus affinitatis prohibitos cenſeri debere, qui prohibiti ſunt in conſanguinitate; & propoſitionem illam Moſis *Levit.* 18. *verſ.* 6. *Ad proximam ſanguinis ſui nemo accedat,* etiam ad affines, qui pro conſanguineis ſunt, pertinere, & ad eum uſque gradum vim ſuam exerere, ad quem uſque extenditur prohibitio inter ſanguine junctos, quæ & reformatæ eccleſiæ Doctorum ſententia eſt, ut videre eſt apud *Bez. tract. de repud. & divort. Zanch. lib.* 4. *de operib. Dei. c.* 1. *theſ.* 5. *in fin. Beuſt. de matrim.* c. 51. *poſt prin.* & alios; probata Ordinibus Hollandiæ *d. ordin. polit. art.* 8. & paſſim in ditionibus

liberæ

Digitized by Google

liberæ Belgicæ recepta. Erratque adeo D. Johannes à Sande *lib. 2. deciſ. Friſic. tit. 1. defin. 8.* dum aſſerit Zanchium & Bezam putare jure divino permiſſam eſſe conjunctionem cum amitæ vel materteræ marito, vel avunculi aut patrui uxore. Illos enim conſtanter contrarium docere comperturus eſt, quiſquis locos citatos inſpicere non gravabitur. Et quid Bezane & Zanchius contra expreſſa verba Moſis, *Turpitudinem patrui tui non revelabis*, &c. pronuntiarent lege divina permiſſum eſſe matrimonium cum uxore patrui? Concludimus ergo lege divina etiam prohibitum eſſe leviri vel gloris filiam aut neptem uxorem ducere, de quo hic ex profeſſo agitur. Atque ita ex facto conſultus non ita pridem cum Clariſſimo viro D. Nicolao Dedelio Collega meo piæ memoriæ reſpondi. Objiciebatur nobis, quod in prohibitoriis omnia conceſſa & permiſſa intelligantur, quæ non expreſſe & ſpecialiter ſunt prohibita. *l. nec non. 28. §. 2. ff. quib. ex cauſ. major.* Negabam hoc à Juriſconſulto dici, ſed hoc tantum, ſi leges non prohibeant; ſimpliciter ſcilicet, non autem ſi expreſſe non prohibeant: alioqui fore, ut omnis extenſiva interpretatio fundata in ſententia & ratione legiſlatoris tolleretur; quod abſurdum, imo inauditum eſt, & praxi omnis ævi contrarium. Apud Moſen non prohibemur ſpecialiter ducere aviam, neque proneptem, neque amitam aut materteram magnam, neque uxorem avunculi, imo nec ipſam filiam noſtram. An igitur dicemus inter omnes haſce perſonas jus connubii eſſe? abſit. Neque enim in prohibitoriis id ſolum prohibitum intelligi debet, quod verbis expreſſim prohibitum eſt; verum etiam quod eandem prohibitionis rationem habet, ex ſententiæ ſcilicet legiſlatoris. *l. contra. 29. & l. ſeq. ff. de legib. l. 3. §. is autem. l. 7. §. mutui. ff. de ſenat. Maced. l. oratio. ff. de ſponſal. cum ſimil. c. quod una ext. de reg. jur. in 6.* eoque perti-

Digitized by Google

net *l. 6. §. 1. ff. de verb. ſign.* ubi Ulpianus ait verbum *ex legibus*, ſic accipiendum eſſe, tam ex legum ſententia, quam ex verbis. Et illud Celſi, Scire leges non hoc eſt verba earum tenere, ſed vim ac poteſtatem. *l. ſcire. 17. ff. de legib.* Et quamvis igitur ſingula apud Moſen non ſunt expreſſa, tamen quibuſdam poſitis, quæ paria ſunt, pro expreſſis habenda; cum hoc flagitet ipſa ratio, ut de ſimilibus ſimiliter ſtatuatur. *l. neque leges. 10. cum aliquot ſeqq. ff. de legib. l. 8. ff. ad leg. Aquil. Cic. pro Cæcinn. & alibi.*

Doctores Reformati, atque inter eos Beza *d. tract. d. repud. & divort.* Zanchius *lib. 4. de operib. Dei c. 1. theſ. 7* in eo quoque conveniunt, quod etiam interdicta quæ affines laterales ſpectant, moralia ſint & perpetui juris. Et noſtra quidem opinione verba *d. c. 18. Levit. verſ. 24.* adeo clara ſunt, ut de eo dubitandi nemo rationem habeat. Neque enim Deus gentes ob ſingula facta cum ſingulis interdictis pugnantia tam graviter puniviſſet, niſi in ſingulis peccaſſent contra legem naturæ, id eſt, legem naturalis pudoris & verecundiæ. Attendatur pœnæ gravitas, & notentur particulæ univerſales, quibus ſingulos iſtos caſus deſignat legiſlator, cum idcirco gentes puniendas eſſe ait, ac proinde nec juris ignorantia hic cuiquam prodeſſe potuit, nec excuſationem mereri, quod res non eſſet integra. Etſi enim pleræque harum conjunctionum directe non adverſantur primæ illi legi naturæ, ſed primis juris naturæ principiis: contrariæ tamen ſunt concluſionibus, quas homo rationis & naturæ ductu ex primis iſtis principiis elicere poteſt & approbare debet: & ita juri naturæ ſecundario: cujus gratiam facere nemo niſi Deus ipſe poteſt: qui & forte in ſanctis olim quædam matrimonia vetita *d. c. 18. Levit.* conceſſit propter ſancti generis paucitatem; aut piis ex infirmitate lapſis, & judicii er-

rore

rore aliorum exempla ſecutis, id benigne condonavit. Denique talia objicienti recte reſpondebitur, non exemplis, ſed legibus judicandum eſſe. Grotius 2. *de jur. bell. & pac.* 10. putat legem de conjugiis à Deo datam univerſo humano generi in reparatione poſt diluvium. Atque hac in parte multùm, imo nimium tribuit interpretationi Rabbinorum. Igitur ut tandem concludamus, dicimus leges omnes in univerſum de conjugiis à Deo per Moſen populo Iſraëlitico datas, morales & æternas eſſe, atque haud ſecus conſtringere omnium hominum vitam, quam ipſa Decalogi præcepta: ac proinde neminem mortalium hic ſibi quicquam vindicare poſſe, cum *Ant. Contio 2. ſubſec. Beza d. tract. de repud. & divort. Zanchio lib. 4. de operib. Dei. c. 1. theſ. 7. Bucano loc. de conjug. quæſt.* 22. quanquam non omnes qui contra iſtas leges faciunt, æque graviter peccant. In qua ſententia & Innocentius Tertius fuit, ut apparet ex *c. litter. de reſtit. ſpoliat.* ut & Panorm. *in d. c. n.* 17. multique alii è Pontificiis Doctoribus tam Theologis, quam Juriſconſultis, adeoque doctiſſimi Scholaſticorum, qui etiam aperte docuerunt, nec ipſum Pontificem Romanum diſpenſare poſſe, ut matrimonium contrahatur inter perſonas in gradibus prohibitis. *d. c.* 18. *Levit.* quorum prolixum catalogum habes apud Sanchez Jeſuitam *de matrim. lib. 7. diſp.* 52. *n.* 7. Grotius *lib.* 1. *introd. ad juriſp. Bat. c.* 5. & Coren. *conſ.* 21. *n.* 27. & 28. memorant, DD. Ordines Hollandiæ ſemel atque iterum per modum diſpenſationis petenti alicui permiſiſſe, ut filiam gloris uxorem duceret; & nominatim Ægidio Flory Procuratori Generali 20. Auguſti 1609. ſed poſtmodum ſemper, ut accepi, idem petentibus de conſilio Curiæ provincialis denegatum eſt, non minus piè mea ſententia, quam tutò.

CAP.

CAP. XIV.

An quævis filiæ à quibuſve parentibus dotandæ; & ex profeſſo an pater cogatur dotem dare filiæ locupleti?

DOtare filiam, eique conditionem honeſte nubendi quærere, patris officium eſt. *l. capite.* 19. *ff. de rit. nupt. l. ult. C. de dot. promiſſ.* Nam cum maritus onera matrimonii ſuſtinere cogatur, & pro hiſce oneribus viciſſim omnes fructus dotis, quam ab uxore accepit, ipſius lucro cedant, etiam hoc onus, dotandi ſcilicet filiam, ut hujuſmodi onerum partem agnoſcere debet. *l. pro oneribus.* 20. *C. de jur. dot.* Sed hoc ita ſi pater filiam habeat in poteſtate. *d. l.* 19. *ff. de rit. nupt.* alias avo paterno id incumbit, cujus in poteſtate filia eſt. Secus etiam eſt, ſi filia ſit emancipata; utpote quæ bona propria habet, ex quibus dos conſtitui poteſt. Sed nec tam arctum vinculum eſt patri cum filia emancipata & ſui juris effecta, quam cum ea quæ adhuc in ejus poteſtate & familia eſt: & hæc patri, illa ſibi acquirit. Non adverſatur quod à Papiniano reſponſum eſt; cum pater idemque curator filiæ emancipatæ dotem pro ea conſtituit, in dubio eum videri magis quaſi patrem de bonis ſuis dotem conſtituiſſe, quam quaſi curatorem de bonis filiæ. *l.* 5. §. *ult. ff. de jur. dotium.* Ex eo enim minime ſequitur, patrem jure obligatum eſſe ad dotem filiæ emancipatæ dandam: ſed τὸ ἐναντίον, nempe patrem non teneri ex ſuis bonis dotare filiam emancipatam; & ſi expreſſim de bonis filiæ, non de ſuis dotem conſtituat, nihil eum contra jus facere. Idem non obſcure arguit *l. ſi res.* 51. *ff. eod. tit.* ubi Ulpianus ait, ſi pater filiæ emancipatæ res, quæ ei poſt emancipationem donavit, cum dotem poſtea dederit, dotem à filia, non à patre datam videri: ergo non tenetur pater de

de propriis bonis filiæ ſui juris effectæ dotem dare. Quod ſi pater filiæ nomine dotem promiſit, eamque ante nuptias emancipavit, non reſolvitur promiſſio, non magis quam ſi pater ante nuptias mortuus eſſet. *l. ſi pater. 44. pr. ff. eodem.* Sed & ex hoc ipſo à contrario ſenſu recte colligitur, citra promiſſionem non teneri patrem de ſuo filiam emancipatam dotare. Plane ſi filia emancipata ſit paupercula, & abſque dote conditionem invenire nequeat, tentari poteſt officio magiſtratus patrem cogi poſſe, ut dotem det. Multo minus igitur tenebitur pater dotare filiam naturalem. Non enim quilibet qui pater eſt, in hujuſmodi cauſis jure noſtro pro patre habetur; ſed is demum, quem nuptiæ demonſtrant, aut qui filiam adoptavit. *l. 5. ff. de in jus voc. l. 6. ff. de his qui ſui vel al. jur. l. 1. & paſſ. ff. de adopt.* Non mutat, quod pater alimenta præſtare huic filiæ debet: nam ab alimentis ad dotem non recte argumentamur affirmando, puta alere tenetur, ergo & dotare: ſed negado duntaxat, non tenetur alere, ergo nec dotare. Buſius in *d. l. 19. ff. de rit. nupt.* Etiam ſpuria ſive vulgo quæſita filia alenda à patre eſt, modo de eo conſtet: non tamen dotanda. Alimenta denegare eſt necare. *l. 4. ff. de agnoſc. & alend. lib.* Denique quid verbis opus eſt? textus in hanc rem ſatis eſt clarus in *l. uxorem. 41. §. pater. naturalis. 11. ff. de legat. 3.* ubi pater pro filia naturali, cui fideicommiſſum debeat, dotem dans, non intelligitur id feciſſe, ut pater, aut dotis debitor, ſed ut debitor fideicommiſſi, & hujus debiti minuendi cauſa. Quin & ſi maxime velit pater, tamen ſi liberos legitimos habeat, non niſi certam quantitatem, & nimirum unam unciam quocunque modo vel inter vivos vel ultima voluntate in talem filiam transferre poteſt. *l. 8. C. de natur. lib. junct. Nov. 89. c. 12. §. 2.* Unde tamen benigne dici poteſt, ſi filia naturalis valde inops ſit, officio jus dicentis,

centis, ſive, ut nunc loquuntur, officio judicis nobili, patrem conſtringi poſſe, ut huic filiæ aliquid in dotem det; quod tamen, ſi liberi legitimi ſint, non excedat quantitatem definitam *d. l.* 8. *C. de natur. lib. & d. Nov.* 89. *c.* 12. §. 2. Et hæc communis eſt opinio. *Gloſſ. in l. uxorem.* 41. §. *pater naturalis.* 11. *ff. de legat.* 3. *Bartol. ibid. & in l.* 1. *ff. ſolut. matrim. n.* 11. *Bald. & Salic. in l. ult. C. de dot. promiſſ. Mantic. lib.* 12. *de tac. & ambig. conv. tit.* 19. *n.* 4. *&* 12. *Gudel.* 1. *de jur. nov. c.* 14. *Perez ad d. tit. c. n.* 6. Alii ſe fundant in æquitate juris Canonici, *arg. c. cum haberet. in fin. de eo qui dux. in matrim. ubi Gloſſ. Gail.* 2. *obſ.* 188. *n.* 4. & plerique appellatione ſpuriorum intelligunt omnes qui non ſunt nati ex juſto matrimonio, confundentes ex concubina natos cum vulgo quæſitis. *Palæot. de notb. & ſpur. fil. c.* 49. *& ſeq. Boër. deciſ.* 127. *Covar. part.* 2. *de matrim. c.* 8. §. 6. *n.* 15. *Gail. d. loc.* Nonnulli eadem æquitate moti nec eos in totum excludunt qui nati ſunt ex damnato coitu, ab alimentis ad dotem perperam *καζασκιδάζοντες*.

Mater filiam dotare non cogitur, niſi ex magna & probabili cauſa. *l. neque mater.* 14. *C. de jur. dot.* Magna autem cauſa eſſe putatur non tantum ſi mater ſit dives, pater inops; verum etiam ſi mortuo patre ipſa filia inopia laboret. Legibus etiam hoc ſpecialiter cautum eſt, ut mater hæretica filiam Chriſtianam dotare cogatur. *l. cognovimus.* 19. *C. de hæret. & Manich.* ad quem textum forte reſpexit Tribonianus in *d. l. neque mater.* in verb. *vel ex cauſa ſpecialiter lege expreſſa.* Sed illud ceſſare cœpit, poſtquam ex conſtitutione Frederici in *auth. Gazaros. C. de hæret. & Manich.* & jure Canonico *c. vergentes.* 10. *ext. eod.* omnium hæreticorum bona confiſcari placuit, ita ut in *d. c. vergentes.* etiam liberi Catholici ab iis bonis excludantur: niſi quis dicat, & quidem probabiliter, ex bonis

Digitized by Google

nis iſtis confiſcatis aliquid pro dote vel alimentis liberorum decidi oportere, ſicut olim ex bonis damnatorum portiones liberis relinquebantur. *l.* 7. *ff. de bon. damnat.* Sed moribus fœderatæ Belgicæ hæc jura abrogata ſunt: nemoque apud nos propter hæreſin aut heterodoxiam bonorum patitur publicationem. Et cum igitur nec Judæorum bona publicentur, procul dubio diſpoſitioni *d. l.* 19. *C. de hæret.* locus erit in Judæa matre, ut filiam Chriſtianam dotare cogatur. Sed & totius fere Belgii aliorumque moribus ob conjugalem bonorum omnium communionem mulier ſicut lucri, ita etiam damni particeps fit: & ideo dotandi onus, tanquam æs alienum commune eſt, & ad utriuſque parentis officium ſpectat. *Vid. Groenevv. de ll. abrog. ad d. l. neque mater. & ibi alleg.*

Præcipua vero quæſtio hic eſt de filiafa. locuplete ſeu bona propria habente, nempe an & huic pater dotem dare cogatur. Ego ſic diſtinguendum arbitror: ſi filia habet quædam bona libera pleno jure ex bonis maternis aut aliunde, quorum uſumfructum pater non habet (ut in *auth. excipitur. cum* 2. *ſeqq. C. de bon. quæ lib.*) unde honeſte pro conditione perſonæ ſuæ dotari poteſt; hoc caſu non putarem patrem cogi poſſe, ut de ſuo dotem filiæ conſtituat. Ratio eſt, quia nec talem filiam alere pater tenetur. *l.* 5. §. *ſed ſi.* 7. *ff. de agnoſc. & alend. lib.* ab alimentis autem ad dotem licet ἀναλογίζειν. Et ceſſat omnino ratio onerandi patrem, quando filia ob bona propria conditionem reperire poteſt. *Bart. in l. mulier.* 22. §. *cum proponeretur.* 4. *ff. ad ſenat. Trebell. Alciat. in l.* 1. *ff. ſolut. matrim. Tulden. in Cod. tit. de dot. promiſſ. n.* 7. *Bachov. in Treutl. diſp. de jur. dot. theſ.* 2. Multa quidem poſt Salicetum & alios, ſed in vanum diſputant *Gail.* 2. *obſ.* 95. *Palaot, de noth. & ſpur. c.* 49. *& ſeq. Sichard. in l. ult. C. de dot. promiſſ. Bronch.* 3. *aſſert.* 14.

ut

ut probent argumentum à negatione debitionis alimentorum non neceſſario procedere ad negationem debiti dotis, cauſamque dotis etiam favorabiliorem eſſe cauſa alimentorum, quo nihil eſt παραδοξώτερον. Sed objicitur nobis *d. l. ult. C. de dot. promiſſ.* quæ eſt una ex quinquaginta deciſionibus Juſtiniani. Videamus ergo quid Juſtinianus illic conſtituat. Agit ibi Imperator de parte habente uſumfructum in bonis liberorum adventitiis, ut patet ex principio d. conſtitutionis. Deinde non jubet patrem dotem de ſuo dare: ſed ſi dotem ultro promiſerit, definit, ex cujus bonis hoc pater feciſſe cenſeri debeat, utrum de bonis propriis ex liberalitate, an de bonis filiæ. Et ſumma *d. l. ult.* eſt, quam refert Baldus. Pater ſimpliciter dotem dans pro filia non expreſſo de cujus patrimonio, cenſetur dediſſe de ſuo ipſius patrimonio. Si vero dixerit ſe dotem dare de ſuo & filiæ patrimonio, tunc ſi pater eſt inops, cenſetur dotem dediſſe de filiæ patrimonio: ſin pater eſt locuples, cenſetur eam ſummam quam expreſſit, dediſſe de ſuo ipſius patrimonio, & tantundem tacite voluiſſe accedere ex bonis adventitiis filiæ, in quibus uſumfructum habet; quem uſumfructum eatenus tacite remiſiſſe intelligatur. Idemque jus conſtituit, ſi pater donationem propter nuptias pro filio promiſerit. Quod ſi pater expreſſe dicat ſe de filiæ bonis dotem dare, is caſus non deciditur in *d. l. ult.* ſed decidendus eſt ſecundum ea quæ dixi, nempe patrem non cogi de ſuo dotare filiam locupletem, quæ bona propria pleno jure habeat, ſeu quorum uſusfructus non pertineat ad patrem. Hoc igitur adhuc manet, ſi pater ſimpliciter pro filia, quamvis bona propria pleno jure habente, dotem dederit, eam de ſuis bonis ex liberalitate dediſſe intelligitur. *l. 5. §. ult. ff. de jur. dot.* At ex eo, ut ſuperius quoque diximus, recte colligitur, poſſe patrem, ſi velit, etiam de filiæ bonis dotem promittere: & ſi hoc expreſ-

expreſſe dixerit, eum non teneri de aliis, quam de filiæ bonis dotem promiſſam præſtare. *Fac. l. ſi res. 51. ff. eod. tit.* Non obſtat, quod etiam filiæ locupleti debetur portio legitima. Hæc enim mortuo demum patre debetur, nec liberis auferri debet patris hereditas, ad quam ratio naturalis, quaſi lex quædam tacita eos vocat. Dos autem datur à patre vivo in eum finem, ut filia conditionem matrimonii inveniat. *l. 2. ff. eod. tit.* Itaque ſi filia conditionem matrimonii reperire poteſt ob propria bona, ceſſat cauſa onerandi patrem, ut bene *Diod. Tulden. ubi ſupra. Duar. ad tit. ſol. matr. c. 3. de dotib.* Quod ſi filia nulla bona propria habeat, aut nudam tantum bonorum proprietatem, uſufructu apud patrem conſtituto, hoc caſu pater aut ex ſuo patrimonio dotem dare debet, aut remiſſo uſufructu, quem in bonis filiæ habet, plenum eorum jus ex cauſa dotis in filiam transferre: ſicut etiam pater, qui uſumfructum in bonis liberorum adventitiis habet, alimenta illis de ſuo præſtare tenetur. *l. ult. §. ipſum autem. 5. pr. & verſ. cum enim. C. de bon. quæ lib.* De filia, quæ ſine patris conſenſu nupſit, fruſtra quæritur, an eam dotare pater debeat: quoniam hoc caſu jure civili nec dos, nec matrimonium intelligitur: moribus noſtris ob eam cauſam etiam exheredari poteſt, utique ſi minor viginti annis fuerit. *Grot. lib. 2. introduct. ad juriſp. Batav. c. 18.* alibi etiam ſi major, modo minor 25. annis. *Chriſtin. vol. 3. deciſ. 132. n. 19. Tulden. in C. de nupt. n. 2. & de dot. promiſſ. n. 9.* Quid de jure Canonico hic ſtatuendum, vide *Gail. 2. obſ. 95. n. 3. & ſeqq. Panorm. in c. 1. n. 6. de deſponſ. impub. Covar. p. 2. de matrim. c. 3. §. 8. n. 8. Tulden. d. n. 9.* An vero & quatenus ſecundum jura, quæ nunc obtinent, recipi poſſit conſtitutio Juſtiniani in *l. ult. C. de dot. promiſſ.* quam ſingularem & ſatis mirabilem appellat *Chriſtin. vol. 3. deciſ. 132. n. 24.* & tamen uſu forenſi receptam

præ-

Digitized by Google

prædicat, eo quod ſecundum eam in Camera Imperiali judicatum teſtatur Mynſingerus *cent.* 5. *obſ.* 32. *n.* 2. vide *Groenew. tract. de legib. abrog. ad d. l. ult.* ubi bene & ſolide oſtendit non poſſe eam conſtitutionem moribus horum temporum ſine vitio applicari aut in praxi recipi, licet ſecundum jura illius temporis, quo compoſita & à Juſtiniano promulgata eſt, ratione & æquitate non careat: quod etiam non obſcure innuit *Tulden. ubi ſup. n.* 6.

CAP. XV.

An promiſſio donationis cauſa facta inter virum & uxorem morte promittentis confirmetur, etiamſi traditio ſecuta non ſit?

DOnationem inter virum & uxorem jure noſtro prohibitam eſſe conſtat. *tit. ff. & C. de donat. int. vir. & uxor.* Ratio ſumenda à blanditiis conjugalibus, quibus nihil non alter ab altero impetrare, vel cauſam rixarum & diſſidii, quin & divortii quærere poſſit; cui adde quæ referuntur in *l.* 1. *& l.* 2. *ff. d. tit.* & docte explicantur à Connano *lib.* 8. *comm. c.* 11. Sunt tamen nonnullæ hic exceptiones & nonnulli caſus, quibus hanc donationem valere placet: veluti ſi donator non fiat pauperior, imo ſi donatarius non fiat locupletior, licet ille pauperior. *l.* 5. §. *conceſſa.* 8. *&* §. *cum igitur.* 16. *ff. eod. tit.* ſi donationes ſint reciprocæ. *l.* 7. §. 2. *ff. eod.* aut remuneratoriæ inſignis alicujus operæ aut officii. *arg. l. hoc jure.* 19. §. 1. *l. Aquilius.* 27. *ff. de donat.* ſi mortis cauſa donatio fiat. *l.* 9. §. *ult. cum l. ſeq. ff. de donat. int. vir.* Etſi autem his cauſis, & ſi quæ ſunt ſimiles, exceptis, cæteræ donationes inter virum & uxorem non conſiſtunt; placet tamen morte donantis eas confirmari. *l. res uxoris.* 24. *& l. ſeq. C. de donat. int. vir. & ux.* quod effectum eſt oratione Severi & Antonini, quæ refertur, & explicatur ab

Ulpia-

Ulpiano in *l. cum hic ſtatus. 32. ff. eod.* Infirmæ vero manent, quamdiu mors donantis nondum ſecūta eſt; ac proinde præmoriente donatario evaneſcunt, quoniam tunc confirmationi locus eſſe amplius non poteſt. Quæſitum autem eſt, & eleganter quæſitum, ſi conjux conjugi rem non tradiderit, ſed donationis cauſa tantum promiſerit, ſubſtiteritque in finibus conventionis, an & hæc conventio (quæ & ipſa κτ̀ μετωνυμίαν donatio appellatur) morte promittentis confirmetur, ut ſuperſtiti donatario contra donantis defuncti heredem exactio promiſſi detur. Res non caret ſcrupulo. *Gloſſa, Bartolus, Baldus & DD. comm. in l. Papinianus. 23. ff. de donat. int. vir. & ux. Coſtal. ibid. Connan. lib. 8. comment. c. 11. Mant. lib. 21. de tac. & ambig. conv. tit. 7. n. 32. Scip. Gentil. lib. 3. de donat. int. vir. & ux. c. 38. Mynſing. cent. 2. obſ. 33. n. 3.* ſtatuunt hoc caſu ceſſare orationem, nempe morte donantis conjugis non confirmari donationes quæ verbis tantum promiſſæ ſunt, ſed eas ſolas quæ revera extiterunt, & traditione perfectæ ſunt; heredem autem conjugis ex ſola promiſſione conveniri non poſſe, licet non revocata voluntate conjux deceſſerit. Atque his ego me adjungam ſocium. Rationes quæ me impellunt, hæ ſunt. Primum, quod non videatur plene & cum effectu donare voluiſſe, qui tantum promiſit, neque dedit: & quia fidem ſuæ donationis non præſtitit, pœnituiſſe exiſtimandus eſt. Imo nec revera & proprie donatio ſubſiſtens in terminis conventionis donatio eſt, ſed de dando conventio. Proprie enim nemo donare intelligitur, niſi qui & tradat. *l. 1. ff. de donat.* Donatio eſt doni datio. *l. ſenatus. 35. §. 1. ff. de mort. ca. donat.* Unde donatio opponitur ſtipulationi & promiſſioni. *l. 3. §. 10. l. 23. ff. de don. int. vir.* 2. Quia non eſt novum, ut conventio, quæ alias per ſe prorſus nulla eſt, accedente traditione aliquid roboris

accipiat, atque ob eam cauſam facilius confirmari debeat. *l.* 1. §. *ſi vir.* 4. *& ibi Bart. ff. de acq. poſſ.* 3. Movet textus in *l. cum hic ſtatus.* 32. §. 2. *ff. de donat. int. vir. & ux.* ubi verba orationis referuntur, quæ hoc exprimunt, durum eſſe, ut eripiatur donatario ab herede defuncti donatoris, quod defunctus donavit. Eripi autem nemini poteſt, niſi quod jam habet, quod traditum ſibi tenet ac poſſidet. 4. Quoniam alias nulla in propoſito dari poſſe videtur differentia inter donationem mortis cauſa, & donationem inter vivos. *arg. l.* 32. *ff. de mort. ca. don. & l.* 11. *pr. ff. de don. int. vir.* quarum illa tamen inter conjuges permiſſa, hæc vetita. 5. Textus expreſſus & rotundus in *l. Papianus.* 23. *ff. de donat. int. vir. & ux.* ubi Ulpianus ſententiam Papiniani probat, exiſtimantis orationem Divi Severi ad rerum donationes duntaxat pertinere, non ad nudas promiſſiones: ideoque ſi maritus uxori ſuæ ſtipulanti tantum ſpopondiſſet, non etiam tradidiſſet, marito mortuo heredem ejus conveniri non poſſe, licet durante voluntate maritus deceſſerit. Hic utique in terminis, ut loquuntur, quæſtio propoſita deciditur, & ſecundum quod nobis viſum apertiſſime pronuntiatur. Quis enim ferat, quod ad hunc locum Ant. Faber *lib.* 2. *conject.* 8. reſpondet, Ulpianum memorare tantum ſententiam Papiniani, non probare; cum diſerte Ulpianus dicat Papinianum recte putaſſe, &c. Sed ſcilicet, ſi fides Ant. Fabro, vox *recte* ab imperito interprete addita eſt, & ideo tollenda. Schifordigerus autem *lib.* 1. *Tract.* 11. *quaſt.* 8. de via magiſtri ſui nonnihil deflectens, putat ex duabus ſententiis Papiniani, quæ ab Ulpiano proferuntur, priorem duntaxat Ulpiano probari, poſteriorem ab eo referri tantum, non probari; propterea quod in poſteriore non repetit particulam *rectè:* quaſi vero ea repetita non intelligatur ἀπὸ κοινοῦ, aut poſterior aſſertio Papiniani non de-

pendeat.

pendeat, tanquam neceſſarium conſequens à priori. Denique, ſi poſteriorem non æque ac priorem probaſſet Ulpianus, haud dubie id expreſſiſſet, nec ſine vitio id omittere potuit. Putant nonnulli variaſſe Ulpianum, & Papiniani ſententiam, quam prius probaverat in *d. l. Papinianus.* poſtea improbaſſe in *d. l. cum hic ſtatus.* At cur hoc magis dicunt, quam Ulpianum ſuam ipſius ſententiam mutaſſe poſtea, & probaſſe Papiniani in *d. l. Papinianus*? In *d. l. cum hic ſtatus.* §. 1. loquitur obſcurius: & locus iſte aliam interpretationem, quam quæ ab illis infertur, pati poteſt, ut poſtea demonſtrabitur. At in *d. l. Papinianus.* nulla obſcuritas, plana & aperta Juriſconſulti ſententia. Fateor tamen & contrariam ſententiam non levibus niti argumentis, eamque habere aſſertores egregios, interque eos Coraſium *lib. 5. miſc. c. 1. Ant. Fab. & Schifordig. ubi ſupra.* Sed age, argumenta hæc excutiamus, & videamus quid iis probabiliter reſponderi poſſit.

Primum dicitur ex *l. cum hic ſtatus.* 32. §. *ſive autem* 23. *ff. de don. int. vir.* ex quo loco ſic illi colligunt: Quæcunque donatio ex ratione juris veteris ante orationem Severi inter conjuges non valebat, ea oratione confirmata eſt. *d. §. ſive autem.* At conſtat nec valuiſſe promiſſionem donandi cauſa factam: *l. 2. §. ſciendum. 10. ff. eod.* ergo & illa ex eadem oratione valet. Reſpondeo, in hoc argumento concedi ſibi poſtulant τὸ ἐν ἀρχῇ, quod eſt in quæſtione, nempe an omnes quocunque modo factæ donationes per orationem ſint confirmatæ. Nam textus in *d. l. cum hic ſtatus.* 32. §. *ſive autem* 23. commode reſtringi poteſt ad donationem veram ac proprie dictam, plenam ſcilicet & perfectam, quæ ſit conſummata vel per traditionem actualem, vel per acceptilationem, aut quamvis fictionem brevis manus, quæ pro traditione ſit, ut in *l. 3. §. ult. ff. eod.* ut hiſce modis, & ſi qui id ge-

nus alii, donationem factam oratione confirmari intelligamus. Atque huc pertinet *d.* §. 23. *d. l.* 32. ubi expreſſe agitur de remiſſione obligationis facta per acceptilationem, in qua eſt fictio brevis manus, tanquam res ſoluta, & mox donationis cauſa reddita eſſet. Sed aiunt etiam ſtipulatione perfici donationem. Quis negat? Imo ex conſtitutione Juſtiniani etiam nuda conventione perficitur donatio, cum ſcilicet donator voluntatem ſuam ſcripto aut ſine ſcripto manifeſtavit. §. 2. *Inſt. de donat. l. ſi quis.* 35. *C. eod.* Sed hic primus tantum gradus perfectionis eſt, unde donatario in donatione licita acquiritur obligatio & actio duntaxat, non rei promiſſæ dominium. Vere autem & plene demum perficitur & conſummatur donatio promiſſi & doni præſtatione. Sic emptio & venditio perfici dicitur, ſimul atque de pretio convenit: non ante tamen pro conſummata habetur, quam res tradita ſit & pretium numeratum. Atque, ut ante diximus, proprie donatio ipſam rei tranſlationem ſignificat: quam ob cauſam inter modos acquirendi dominii numeratur. *Inſt. de donat. in pr.*

Secundum argumentum ſumitur ex *d. cum hic ſtatus.* 52. §. 1. ubi Juriſconſultus ait, oratione inductum eſſe non tantum, ut res fiat ipſo jure ejus, cui donata eſt, ſed etiam ut obligatio ſit civilis: quod poſtremum non niſi de ſtipulatione donandi cauſa facta putant intelligi poſſe. Sed quidni verba iſta Juriſconſulti de eo caſu accipi poſſunt, quo aut nomen conjugi donatum eſt & ceſſat actio, aut evictionem promiſit donator, quomodo & Accurſius ea accepit? Hoc certe probabilius dicitur, quam aut Ulpianum ſibi non conſtitiſſe, aut Papinianum à reliquis diſſenſiſſe Juriſconſultis. Addit Accurſius & alium caſum, nempe ſi alter alteri debitum per acceptilationem remiſerit: ſed hoc quomodo huc applicari queat non video.

Tertiò,

Tertiò, non parum juvare videtur contrariam ſententiam, quod ab Ulpiano reſponſum eſt in *l. ſi ſtipulata.* 33. *ff. eod.* ſi mulier annuum ſtipulata fuerit, & manente matrimonio maritus deceſſerit, donationem (Haloander & Duarenus legunt *ſtipulationem*) ex ſenatuſconſulto confirmari. Reſpondet Bartolus, confirmari quidem hoc caſu donationem, ſed non ultra, quam ante ex ſtipulatione præſtitum eſt à marito juxta *d. l. Papinianus. ff. eod.* Ego autem puto recte defendi poſſe, ex promiſſione annui etiam ejus nomine, quod præſtitutum non eſt, heredes mariti, qui promiſit, teneri, ſed non aliter, quam ſi maritus re ipſa jam ſolvit aliquid de illo annuo, puta ſi unius aut alterius anni pretium conventum dedit, ut jam in actum exierit illa promiſſio, & poſtea ceſſavit. Hoc, inquam, caſu puto reliquorum annorum debitum ab heredibus exigi poſſe, propterea quod hic promiſſor ipſo facto voluntatem ſuam ſatis declaravit: quanquam nec abſurdum eſt in promiſſione annui ſeu alimentorum ſtatuere exceptionem. Plane non eſt exiſtimandum donationem annui durare ultra matrimonium, cum ex conjugali affectione fluxerit.

Quartò, in contrarium urgent *l.* 2. *C. de dot. caut. non num.* Sed ad hunc locum facilis reſponſio eſt, nimirum cum vir donandi animo aliquod incrementum in dotem adſcribit, ut in ſpecie *d. l.* 2. quaſi traditionem factam videri, per fictionem ſcilicet brevis manus, cujus eadem vis eſt, quæ veræ. *l.* 5. §. *pen. & ult. ff. de donat. int vir. & ux.* neque aliter traditionem talis incrementi fieri ſolere: cum enim dos ipſa conſtante matrimonio penes maritum eſſe debeat, & conſequenter etiam incrementum dotis, *l.* 4. *ff. de jur. dot.* abſurdum eſſet id tradi mulieri, & ſtatim à viro recipi. Quapropter hoc incrementum dotis perinde ac ſi revera traditum eſſet, actione rei uxoriæ ab heredibus mariti uxor recte petet.

Digitized by Google

Bartolus in eandem ſententiam tribus verbis reſpondet, eſſe in *d. l. 2. C. de dot. caut. non num.* traditionem fictam, quæ idem operetur, quod vera. Ultimo objicitur communi ſententiæ *Novell.* 162. *cap.* 1. ubi expreſſe etiam quævis promiſſio donationis cauſa mulieri facta, licet nulla traditio intervenerit, poſt mortem mariti confirmatur, & mulieri ejus, quod in conventionem deductum eſt, datur condictio. Verum cum novum jus illis aperte introducatur, quod olim ex oratione Severi non obtinuit, ex veteri utique jure communis ſententia recte defenditur. Quid ergo? An novo jure vera eſt contraria ſententia, & ſecundum eam pronuntiandum? Sane quidem ſecundum illam Novellam. Sed ego dubito an Novella iſta in praxi & foro ſub auctoritate legis allegari poſſit: quoniam in vulgatis editionibus deſideratur, & demum à Neotericis ex Græco tranſlata & volumini Authenticorum inſerta eſt. Unde nec à pleriſque allegatur, ne quidem à Coraſio aut ipſo Ant. Fabro. Sed neque videtur eſſe Juſtiniani, verum alius & incerti Principis: ideoque nec addita eſt inſcriptio alicujus Imperatoris. Quid hic juris noſtris & Galliæ moribus, vide *Groenew. de ll. abrog. ad l. 1. de donat. int. vir. & ux.*

CAP. XVI.

An cum teſtator prohibuit inventarii confectionem, etiam neceſſitas reddendarum rationum tutori vel curatori remiſſa intelligatur?

Tutores omnes & curatores, cujuſcunque generis ſunt, non ante debent ſe miſcere adminiſtrationi ſibi commiſſæ, quam inventarium bonorum omnium & rerum pupillorum aut adultorum, nominumque & inſtrumentorum ſolenniter ſub præſentia

ſentia publicarum perſonarum confecerint. *l. tutor.* 7. *pr. ff. de adminiſt. tut. l. tutores.* 24. *C. eod. l. ult.* §. 1. *C. arbitr. tut.* ſolo patre legitimo adminiſtratore ſecundum communem interpretum ſententiam excepto. *Mont. de jur. tut. c.* 32. *reg.* 5. *de confect. invent. n.* 88. Eſt autem inventarium hoc fundamentum adminiſtrandi bona, & caput reddendarum rationum. *l.* 1. §. 3. *ff. de tut. & rat. diſtr.* Inde enim promptum eſt, quod alias vix fieri poſſet, cognoſcere, an & quantum fraude vel negligentia tutorum de bonis ſit diminutum. Atque ideo ob non confectum inventarium quaſi ſuſpecti removentur, vinculiſque publicis continentur, tanquam rerum pupillarium ſpoliatores & prædones, & infamia notantur. *l.* 3. §. *tutores qui repertorium non fecerunt.* 16. *ff. de ſuſp. tut.* (in editione Florentina illa verba deſunt, & initium §. eſt, *qui pecuniam.*) *l. ult. in fin. C. arbitr. tutel.* Denique contra eos juratur in litem, nec tantum ob dolum, verum etiam ob latam culpam. *d. l.* 7. *pr. ff. de adm. tut. l.* 2. *C. de in lit. jur. Covar. var. reſol. lib.* 2. *c.* 14. *n.* 4. *in fin. & n.* 5. *Montan. d. loc. n.* 20. *& multis ſeqq.* Poſtremo, non ante quam inventarium publice confecerint, & ſecundum morem ſolitum res iis traditæ fuerint, ullam habent adminiſtrandi, aut vel attingendi bona pupillorum adultorumve facultatem. *d. l. ult.* §. 1. *C. arbitr. tut.* Sunt tamen nonnulli caſus, quibus aliquid de hoc jure relaxatur: vel ſi juſta cauſa impediat, quominus tutor ſtatim aut ſuo tempore (de quo vide *Montan. d. loc. n.* 29.) inventarium facere poſſit, puta ſi morbus ſonticus eum tardet. *d. l. tutor. pr. & ibi Bartol. n.* 17. aut ſi cauſa non admittat dilationem & res pupillo non obſit, ſed proſit. *l. ult. C. de tut. qui ſat. non ded. d. l. tutor. & ibi Bart. n.* 27. Eſt & alia eaque inſignis exceptio, nempe ſi teſtator expreſſim prohibuerit inventarium fieri. *d. l. ult.* §. 1.

Digitized by Google

C. arb. tut. Idemque juris eſſe plerique putant, etſi teſtator non expreſſe prohibuerit fieri inventarium, ſed tantum ſimpliciter tutori remiſerit neceſſitatem inventarium faciendi. *Bart. in l. nemo poteſt.* 55. *n.* 12. *ff. de legat.* 1. *Guid. Pap. deciſ.* 352. *Clar.* §. *teſtamentum. quæſt.* 66. *n.* 4. *Montan. d. loc. n.* 98. *Moller. lib.* 1. *ſemeſtr. c.* 39. *n.* 12. *Gothofr. ad d. l. ult.* §. 1. quaſi nihil interſit, utro horum verborum teſtator uſus fuerit, remitto, an veto ſive prohibeo: quod tamen vix eſt, ut probare poſſim. Nam qui vetat, jubet ne fiat ullo modo: qui remittit, non vult non fieri, ſed gratiam ejus, quod fieri debebat, facit. Vetando teſtator ſuo & pupillorum ſuorum pudori conſulere velle intelligitur, quæ juſta cauſa eſt: remittendo tantum gratificatur tutoribus, quæ cauſa non videtur eſſe ſufficiens. Sane Juſtinianus in *d. l. ult.* §. 1. *C. arb. tut.* non aliter tutores à neceſſitate faciendi inventarii abſolvit, quam ſi teſtator ſpecialiter inventarium conſcribi vetuerit: quod & Jaſo in *l. nemo poteſt.* 55. *ff. de legat.* 1. *in col.* 10. notat. & ſequitur *Chaſſan. ad conſuet. Burgund. in gloſſ. verb. par inventaire. tit. des enfans de pluſieurs licts. n.* 27. *Ioan. Dilect. de art. teſt. tit.* 7. *cautel.* 3. *n.* 2. *Damhoud. in patrocin. pup. tit. de tut. & cur. mun. tom.* 1. *n.* 17. *Chriſtin. ad ſtat. Mechlin. tit.* 19. *art.* 12. *n.* 7. *Buſ. ad l.* 7. *pr. ff. de adm. tut. n.* 3. & in puncto juris verius eſſe tantum non fatetur *Clar. d. quæſt.* 66. *n.* 5. Cauſam autem prohibitionis hanc ferme habent teſtatores, ne patrimonii ſecreta & æs alienum pandatur. *l.* 2. *C. de alim. pup. præſt.* & ne, ut alibi aiunt Impp. opulentia ad invidiam, aut paupertas ad contemptum publicetur. *l.* 2. *pr. verſ. ſed ubi quarta. C. quand. & quib. quart. pars.* ac creditur pater pro pietate ſua liberis optime proſpectum voluiſſe. *l. nec in ea.* 22. §. *ult. ff. ad leg. Iul. de adult.* Solent autem judices huic prohibitioni teſtatoris plerumque acquieſcere, quan-

Digitized by Google

quanquam non præciſe coguntur eam ſequi: nam ſi pupillo ſecus expedire intelligant, poterunt nihilominus, & debent tutorem adigere ad ſolennem inventarii confectionem, per textum aureum in *l. utilitatem.* 10. *ff. de confirm. tut. l.* 5. §. *Julianus.* 7. *ff. de adm. tut. l.* 7. *verſ. nec tamen. ff. de ann. leg. & ſimil.* quemadmodum & vice verſa ipſe judex interdum ex juſtiſſima cauſa neceſſitatem conficiendi inventarii tutori remittere poteſt, etiamſi teſtator non prohibuerit inventarium fieri, puta ſi forte non conducat facultates pupilli patefieri. *arg l.* 2. §. *ergo etiam.* 45. *& ſeq. ff. ad Senat. Tertull. l.* 2. *C. de alim. pup. præſt.* vid. *Bart. ad l.* 7. *pr. ff. de adm. tut. n.* 19. *Chaſſan. ubi ſupra, n.* 26. *Montan. d. reg.* 5. *n.* 108. *Chriſtin. d. art.* 12. *n.* 7. 8. 9. *Thulden. in Cod. de admin. tut. n.* 2. *Grueneww. tract. de legib. abrog. ad l. ult. C. arbitr. tut.*

Illud eleganter quæſitum, an prohibita inventarii confectione hoc ipſo cenſeatur teſtator etiam rationum reddendarum neceſſitatem tutori aut curatori remiſiſſe? Affirmant *Damhoud. in patrocin. pupill. c.* 4. *n.* 15. *Molin. in conſuet. Pariſ.* 1. *p.* §. 6. *gloſſ.* 6. *n.* 12. *Moller.* 1. *ſemeſtr.* 39. *n.* 6. & plures *ibid. alleg.* Firmamentum hujus ſententiæ eſt, quia abſque inventario rationes reddi nequeunt, quippe quod illarum caput eſt & fundamentum: atque ut Molinæus poſt *Gemi. in c. generali. col.* 2. *de elect. in* 6. ait, ſine inventario non poteſt confici & verificari primum & principale caput libri rationum, quod eſt de receptis: & Damhouderus paria eſſe, remittere rationum reddendarum neceſſitatem, & abſolvere tutorem à confectione inventarii: atque ideo hæc valere *εἰς ἀμφότερα* cui remiſſæ rationes, is nec inventarium facere tenetur: & quem teſtator à confectione inventarii abſolvit, is nec tenetur reddere rationes. Cæterum verior eſt contraria ſententia, negantium ſcilicet prohibitio-

ne inventarii conficiendi neceſſitatem reddendarum rationum tutoribus ſimul remiſſam cenſeri. Longe enim melius eſt & probabilius, ut dicamus prohibitionem iſtam pertinere duntaxat ad ſolennem inventarii confectionem, quæ fit interventu publicarum perſonarum, & ita ut exemplar mox magiſtratui exhibendum ſit, (quod nos dicimus, *ſtaet ende inventaris in handen van de VVeeſmeeſteren leveren. Grot. lib. 1. introd. ad juriſp. Bat. c. 9.*) quæ prohibitio ideo fieri à teſtatore ſolet, ne ſecreta patrimonii ejus evulgentur, ut ante dictum eſt, & ne ſcrupuloſa fiat inquiſitio. Non autem eo, ut tutores non teneantur facere inventarium privatum ac deſcriptionem, qua res omnes & bona pupillorum adhibitis amicis aut cognatis annotent, ac deinde accepta & expenſa in rationes referant. In his enim omnibus ratio prohibitionis à teſtatore factæ ceſſat. Quod ſi ne id quidem voluiſſet teſtator fieri, re ipſa etiam dolum futurum & fraudem teſtator remiſiſſet: quod nec facere debet, nec poteſt. *l. ita autem.* 5. §. *Iulianus.* 7. *ff. de adm. tut. Ioan. Dilec. de art. teſt. tit.* 7. *cautel.* 2. *n.* 3. Quapropter dicendum eſt, etiam hoc caſu, ubi talis prohibitio facta eſt à teſtatore, privatum tamen repertorium & privatam annotationem à tutore fieri oportere: ne ſi poſtea pupillus tutorem dolo & fraude aliquid geſſiſſe dixerit, non habeat pupillus quo id probet, aut tutor quo ſe defendat. Poterat autem ſe defendere repertorio & annotatione privata: qualis annotatio etiam juramento confirmari poterit, ſi non refutetur manifeſtis probationibus. *arg. l.* 2. *pr. verſ. ſed ubi quarta pars. C. quand. & quib. quart. pars.* ita Buſius ad *d. l.* 7. *n.* 6. *ff. de adm. tut. Chriſtin. ad conſuet. Mechlin. d. tit.* 19. *art. n.* 9. *& ibi citat.* & hæc vi ipſa etiam Molleri ſententia eſt *loc. ſup. not. n.* 8. & facit huc *l. ſi ſervus.* 119. *ff. de legat.* 1. *& l. cum tale.* 72. §. *quid ergo.* 3. *ff. de cond. & demonſtr.*

Digitized by Google

monſtr. Quid quod ne illud quidem concedendum eſt, poſſe patrem teſtamento ſuo cavere, ne tutor, quem liberis ſuis dat, obnoxius ſit reddendis rationibus. Id enim fieret contra jus publicum, & pater de jure non ſibi, ſed pupillis ſuis competituro diſponeret, quod admittendum non eſt. *d. l. 5. §. Iulianus. 7. ff. d. adm. tut. D. Præſes Everhard. conſil. 211. n. 14.* Quod vero ibidem refert caſum, ubi à marito cautum, ne uxor & mater liberis ſuis rationes reddat aut reliqua reſtituat, eamque cautionem ait valere, id propriam rationem habet, Nam id cautum fuit pactis antenuptialibus, quibus fructus omnes uxori uſque ad certam ætatem liberorum donati proponebantur, quæ pacta poſtea conſtante matrimonio teſtamento mariti confirmata ſunt, ut bene ibi oſtendit idem D. Præſes. Superioribus non obſtat, quod minor curatori ſuo legare aut per fideicommiſſum relinquere liberationem & remiſſionem reddendarum rationum poteſt. *d. l. 5. §. Iulianus. 7. in fin. ff. de admin. tut. l. cum neceſſitatem. 18. C. de fideicom.* quia qui ita diſponit, de jure ſuo diſponit, non de alieno. Et quidem ſi filius patri tutori aut matri tutrici quondam ſuæ talem reddendarum rationum liberationem legaverit, pinguius id legatum eſt, quam ſi quis ita legaverit perſonæ extraneæ, cujus in curatione eſt, aut fuit. *l: Aurelius. 28. §. Titius teſtamento. 3. ff. de lib. legat. junct. l. Aurelio. 20. §. 1. ff. eod.* vide de hujuſmodi liberatione à reddendis rationibus legata *Covar. lib. 2. var. reſol. c. 14.* Igitur, ut evicimus, quando teſtator prohibet, ne is, quem liberis heredibus ſuis tutorem dat, inventarium conficiat, tantum à ſolenni inventarii confectione eum liberaſſe intelligitur, non à confectione repertorii privati, aut in totum ab onere reddendarum rationum, cum ne permiſſum quidem hoc patri ſit. Non eadem cauſa eſt heredis, cui teſtator interdicit, ne inven-

tarium faciat, aut confectionem inventarii remittit: nam is nihilomagis defungi poteſt repertorio & deſcriptione privata: ſed non obſtante illa ſive interdictione ſive remiſſione, inventarium cum omni ſolennitate facere tenetur, niſi ſolidum creditoribus hereditariis ſolvere paratus ſit. Ratio eſt, quia nemo quicquam in teſtamento cavere poteſt in præjudicium creditorum ſuorum. *Bart. in d. l. nemo poteſt. ff. de legat.* 1. Putarem autem poſſe teſtatorem heredi cum pleno effectu remittere confectionem inventarii in præjudicium legatariorum & fideicommiſſariorum, qui non de damno vitando laborant, ut creditores, ſed de lucro certant: non enim par eademque ratio eſt debita ſibi amittere, & lucra non capere. *l. ult.* §. 2. *in fin. C. de codicill.* Et cum teſtator potuiſſet omnino non legare, quidni & modum legato ponere poſſit? *arg. l.* 4. §. 2. *ff. de in lit. jur.* ſicut & ſatiſdationem legati vel fideicommiſſi nomine remittere poteſt. *l. pen. C. ut in poſſ. leg.* quod eſt notatu dignum: & ita eſt in Adverſariis practicis Hogerbetii, vulgo *Papegaey-boeck.*

CAP. XVII.

Utrum imperfecta parentum inter liberos diſpoſitio valeat jure teſtamenti, an vero tantum ut voluntas ultima inteſtati?

DIſpoſitiones teſtamentariæ bifariam imperfectæ dicuntur, uno modo ratione ſolennitatum, puta ſi pauciores quam ſeptem teſtes intervenerint, aut ſi teſtes non ſignaverint ſubſcripſerintve, vel quid aliud quod ad ſolennitatem ordinationis pertinet, omiſſum fuerit. *l. ſi unus.* 12. *l. hac conſultiſſima.* 21. *in fin. pr. &* §. 1. *C. de teſtam.* altero modo ratione voluntatis, veluti ſi cum plura ordinare teſtator vellet, morte interceptus, aut furore correptus ſit, aut obmutuerit ſive vox eum defe-

deſecerit. *l. ſi is qui.* 25. *ff. qui teſt. fac. l. furioſum.* 9. *C. eod.* §. *pen. Inſt. quib. mod. teſt. infirm.* Sive autem ob aliquem ſolennitatis ſive ob voluntatis defectum teſtamentum imperfectum ſit, conſtat talē teſtamentum inutile eſſe, ac ne jure quidem voluntatis inteſtati defendi. Sed hoc ita obtinet jure communi. Jure autem ſingulari placuit parentum teſtamenta, licet imperfecta ſint, valere inter liberos. *l. hac conſultiſſima.* 21. §. 1. *& auth. ſeq. C. de teſtam.* Cujus juris ratio hæc eſt, quod in parentibus ceſſat omnis fraudis & inductionis ſuſpicio; atque ut illi optime ſciunt, quid liberis eorumque ſingulis debeatur, ita etiam ex conjectura pietatis præſumi debent, bene prudenterque in ſingulorum perſona diſpoſuiſſe. Et quidem certi juris eſt, valere inter liberos teſtamentum parentis, quod imperfectum eſt propter omiſſionem requiſitarum alias ſolennitatum. Sed quod imperfectum eſt ratione diſpoſitionis & voluntatis, ex communi interpretum ſententia nec inter liberos valet. *Clarus.* §. *teſtamentum. quaſt.* 9. *poſt Bart. & alios in d. l.* 21. §. 1. *C. de teſtam. Gail. lib.* 2. *obſ.* 112. *n.* 14. quam ſententiam & Cujacius probat in *l. ſi is qui.* 25. *ff. qui teſt. fac.* eo quod hic vitio aliquo heredum interrumpitur inſtitutio, & *Fac. arg. in l. Lucius Titius.* 40. *pr. ff. de teſtam. mil.* Quod autem de cœpto teſtamento & nondum impleto dicitur in *l. ult. pr. C. famil. erciſc.* ad ſolennitates referunt: nempe ſi pater ſolemne teſtamentum condere voluerit & cœperit, licet ſolemnia poſtea adhibita non ſint, nihilominus voluntatem ſuſtineri. *Bart. in d. l. ſi is qui. Salic. in d. l. ult. poſt. Gloſſ. ibid.* Atque ita ipſe Conſtantinus verba ſua in *pr. d. l. ult.* poſita poſtea interpretatur, *etiamſi*, inquiens, *ſolennitate legum hujuſmodi diſpoſitio fuerit deſtituta.* Non eſt tamen ſine ratione, quod Coſtalius in *l. ſi filia.* 20. §. *ſi pater.* 3. *ff. fam. erciſc.* communem ſententiam ſic temperat,

ut ſi pater omnia inter liberos diviſit, illa diviſio ra-
ta habenda ſit, quamvis forte de nonnullis aliis re-
bus loqui volens, aut quædam legare, morbo op-
preſſus ſit. *arg. d. l. ſi filia.* §. 3. Quod nec Diod.
Tuldeno ad *Cod. de teſtam. n.* 3. diſplicet: ſed hoc in
medio relinquimus. Extra controverſiam igitur po-
ſitum eſt, teſtamentum parentum inter liberos vale-
re, etſi in eo ſolennitates jure communi requiſitæ
obſervatæ non fuerint. De eo autem non conve-
nit, utrum talis parentum diſpoſitio valeat jure te-
ſtamenti, an vero duntaxat ſuſtineatur, ut ultima
voluntas inteſtati? Prius aſſerunt *Caſtrenſ. Alex. Iaſ.*
in d. l. hac conſultiſſima. 21. §. 1. *C. de teſtament.*
quos ſequitur *Gilken. ibid. n.* 9. *Bachov. ad Treutl.*
diſput. de teſtament. theſ. 6. *litt. H. & D D. comm.*
poſterius *Ant. Fab. dec.* 35. *err.* 3. *Schifordig. lib.*
2. *tract.* 11. fere per tot. *Fachin.* 4. *contr.* 4. allegans
Gloſſam in *d. l. hac conſultiſſima.* §. 1. quæ tamen
ibi nihil tale affirmat: ſed aperte contrarium tenet
in *l. filii.* 16. *C. famil. erciſc.* Haud facile quid hic
ſtatuendum ſit, judicare poterimus, niſi prius con-
ſtitutiones omnes, quæ circa hanc rem ſcriptæ, evol-
verimus. Sunt autem in hanc rem conſtitutiones
complures. Prima eſt Diocletiani & Maximiani in
l. filii 16. *C. fam. erciſc.* ubi jubent Imperatores,
etiamſi judicium patris tam circa teſtamentum,
quam circa codicillos deficiat, ſi tamen quibuſcun-
que verbis voluntas ejus declarata ſit, arbitrum fa-
miliæ erciſcundæ voluntatem patris ſequi, licet ei ab
inteſtato ſuccedatur. Secunda eſt Conſtantini in *l.*
ult. C. eod. tit. in eandem ſententiam. Sed Conſtan-
tinus idem conſtituit, etiamſi liberi non ſint in po-
teſtate, ſed emancipati; & licet non verbis, ſed qui-
buſcunque indiciis aut ſignis voluntatem ſuam pa-
ter declaraverit. Tertia eſt Theodoſii in *d. l. hac*
conſultiſſima. §. *ex imperfecto.* 1. *C. de teſtam.* qui
jus hoc ſingulare parentum auxit, & ad matrem quo-
que

Digitized by Google

que produxit, atque ad aſcendentes utriuſque ſexus, ἀνιόντας ἑκατέρας φύσεως, ut hæc etiam à Juſtiniano memorantur in *præfat. Nov.* 107. Quarta eſt Juſtiniani in *Nov.* 18. *cap.* 7. unde *auth. ſi modo. C. fam. erciſc.* quæ pertinet ad diviſionem factam per ſcripturam extra teſtamentum & codicillos, puta per epiſtolam: cui ſcripturæ, ut rata ac firma ſit, Imperator vult ſubjici vel ipſius parentis, vel liberorum omnium, inter quos partitio fit, ſubſcriptionem. Quinta & ultima eſt ejuſdem Principis in *Nov.* 107. *cap.* 1. & 2. unde ſumptæ ſunt duæ authenticæ, quæ ab Irnerio Codici inſertæ ſunt in *d. l. hac conſultiſſima. auth. quod ſine.* & *auth. hoc inter.* ubi certam formam hujuſmodi parentum ſcriptis diſpoſitionibus Juſtinianus præſcribit, & priores Conſtantini & Theodoſii conſtitutiones uno atque altero caſu corrigit. Primum cavet, ne qualiſcunque ſcripta diſpoſitio inter liberos valeat, ſed ea duntaxat, quæ ſit ὁλογράμματος ſcripta plenis literis, ſine ſignis aut abbreviaturis, & ſcripta aut ſubſcripta à parente, denique quæ exprimat tempus, nomina liberorum, & uncias, ex quibus heredes inſtituuntur. Deinde quod ad extraneos attinet, quos Conſtantinus & Theodoſius plane excluſerant, iis legata & fideicommiſſa relinqui permittit: quo tamen caſu noluit ſufficere ſcripturam, niſi teſtes intervenerint, *d. c.* 1. *verſ. ſi tamen uxori.* Quod ab Irnerio omiſſum in *d. auth. quod ſine.* Jam ut ad quæſtionem propoſitam revertamur, puto eos recte ſentire, qui imperfectam inter liberos parentum diſpoſitionem valere exiſtimant jure teſtamenti, non autem tantum ut voluntatem inteſtati: utique ſi ponamus in tali diſpoſitione liberos etiam heredes inſtitutos eſſe, quia ſine heredis inſtitutione teſtamentum intelligi non poteſt. *arg. d. l. hac conſultiſſima.* 21. §. 1. *C. de teſtam.* & *d. Nov.* 107. *c.* 1. ubi talis parentum diſpoſitio, teſtamentum, διατύπωσις, διαθήκη, & pa-

& parentes ita diſponentes διαθέμενοι, teſtatores appellantur, atque in eo teſtamento heredes recte inſtituuntur. Omnis autem ſcriptura, qua heres recte inſtituitur, teſtamentum eſt. Nec obſtat, quod dicatur teſtamentum imperfectum: nam & teſtamentum militis imperfectum dicitur *l.* 2. *ff. de injuſto rupt. teſt.* ex quo tamen æque atque ex perfecto & ſolenni ſucceditur. Teſtamentum autem imperfectum factum à parente inter liberos & ipſum non minus ex privilegio valet, quam militum. Sed & ruſticanorum teſtamenta ſæpe imperfecta ſunt ratione numeri teſtium & ſubſcriptionis, quæ tamen ex privilegio vim cujuſque perfecti teſtamenti habent. *l. ult. C. de teſtam.* Quæ omnia argumento ſunt, non eo minus ex teſtamento jure ſpeciali legibus ſolennitatum ſoluto ſuccedi, quod imperfectum dicatur comparatum cum teſtamento ſolenni. Hoc idem & ex eo evincitur, quod in tali teſtamento & liberis prælegata, & ex conſtitutione Juſtiniani extraneis non modo fideicommiſſa, verum & legata relinqui poſſunt. *d. auth. quod ſine.* quæ tamen non niſi ex teſtamento valent. §. *præterea. Inſt. de ſideic. hered.* Fortiſſimum autem hujus rei argumentum eſt, quod hujuſmodi teſtamentum parentis non rumpatur, niſi alio teſtamento omnibus modis perfecto: imo niſi & poſterius perfectum fuerit, & parens ſimul teſtatus ſit ſe prius revocare. *d. auth. hoc inter.* de quo vid. *Clar. d.* §. *quæſt.* 98. *Graſſ.* §. *teſtam. qu.* 86. *Boer. dec.* 240. *Coren. deciſ.* 39. *ſuprem. Cur. Holland.* Denique quod nimis abſurdum eſt, alias ſequeretur partem jure privilegiario non niſi codicillos inter liberos facere poſſe. Cæterum multa huic ſententiæ obſtare videntur. Primum, quod ex ratione juris non videatur poſſe pro teſtamento haberi illa diſpoſitio, quæ teſtium adminiculo non indiget: at ſola ſcriptura, quam patris eſſe conſtat, etiam ſine ullo teſte hic ſufficit ex communi & vera opinione. *Gail.*

2. obſ.

Digitized by Google

2. *obſ.* 112. Sed hoc leve eſt: nam teſtamentum non ex eo dicitur, quod coram teſtibus fiat, ſed quod ſit mentis & voluntatis noſtræ ultima teſtatio. Exploſione profecto dignus eſſet, qui ſic argumentaretur, Non eſt neceſſe, ut in teſtamento militis per ſcripturam teſtantis ulli teſtes adhibeantur: ergo talis diſpoſitio militis non videtur eſſe teſtamentum. Secundo objicit Ant. Faber, quod in hujuſmodi imperfecto teſtamento non poſſunt liberi exheredari. Sed nuſquam hoc ſcriptum eſt, & communis opinio eſt in contrarium, teſte Claro *d.* §. *teſtamentum quæſt.* 13. Demus tamen eſſe verum, non poſſe ſcilicet liberos in tali teſtamento exheredari, quod & Curia Hollandiæ non ita pridem judicaſſe dicitur, quid tum poſtea? In exheredatione apud nos requiritur, ut teſtes ſint Scabini, an ideo diſpoſitiones, quæ vulgo fiunt apud Notarium coram duobus aut tribus teſtibus non Scabinis, non valebunt ut teſtamenta? Tertio huic ſententiæ objicitur. *l. hac conſultiſſima.* 21. §. *ſi quis autem.* 3. *C. de teſtament.* ubi ſi cum in priore teſtamento perfecto ſcripti ſunt extranei, in poſteriore autem imperfecto, qui ab inteſtato venire poſſunt, dummodo non minus quam quinque teſtes intervenerint, placet quidem infirmato priore teſtamento poſteriorem hanc ſcripturam valere, non tamen tanquam teſtamentum, ſed tantum tanquam ultimam voluntatem inteſtati. Reſpondemus nullam ex hoc loco ad parentes, quorum jus longe plenius eſt, quam agnatorum, illationem fieri poſſe. Imo ex contrario, cum in caſu *d.* §. *ſi quis autem.* Theodoſius expreſſe ſanciat, ut poſterior imperfecta ſcriptura non quaſi teſtamentum, ſed tantum quaſi voluntas ultima inteſtati valeat, recte colligas, voluiſſe eum imperfectam parentum voluntatem, de qua agit in *d. l.* 21. §. 1. valere quaſi teſtamentum, quoniam eam valere & tenere vult abſolute & ſimpliciter. Poſtremo objiciuntur conſtitutiones duæ.

Prima

Prima eſt Diocletiani & Maximiani in *l. filii.* 16. *C. famil. erciſc.* cujus hæc eſt ſententia: Si pater neque teſtamentum fecit, neque codicillos, aut fecit quidem, ſed in iis judicium ſuum circa rerum diviſionem deficiat: ſi tamen quibuſcunque verbis voluntatem ſuam declaravit, quo ad bonorum inter liberos diviſionem, hanc patris voluntatem, licet ab inteſtato ei ſuccedatur, judicem familiæ erciſcundæ ſequi oportere. Sic enim verba, *ſi tam circa teſtamentum, quam codicillos judicium ejus deficiat*, accipienda ſunt, non ut cum Gloſſa & pleriſque aliis ea accipit Gothofredus, quaſi ſcriptum eſſet, ſi ſolennitates in teſtamento aut codicillis requiſitas pater non obſervavit. Nam codicilli nullam ſolennitatem deſiderant. *l.* 6. §. 1. *ff. de jur. codicill.* §. *ult. Inſt. eodem.* & demum longe poſt tempora Diocletiani aliqua deſiderari cœpit à Theodoſio. *l. ult.* §. *ult. C. eod.* nec tam voluntas aut judicium, deficiente aliqua ſolennitate, quam jus deficit. Nempe igitur agunt illic Imperatores de diviſione hereditatis obventuræ inter liberos facta à parente inteſtato vel extra teſtamentum, quod ſæpe & convenienter juris auctoritati fieri ſolebat. *l. ſi filia.* 20. §. *ſi pater.* 3. *ff. fam. erciſc. l. parentibus.* 8. *C. d. inoffic. teſtam.* ut nihil novi illic ab Imperatoribus inducatur: quod etiam poſtrema conſtitutionis verba oſtendunt, dum aiunt hoc ipſum, quod conſtituunt, etiam juris auctoritate ſignificari: optime Gudelinus *lib.* 2. *de jur. nov. c.* 4. *circa fin.* Nihil igitur eſt in ea conſtitutione, quod noſtræ & communi ſententiæ obſtet; non illa verba, *licet ab inteſtato ei fuerit ſucceſſum*, quæ Fachinæus & Ant. Faber urgent. Tunc enim patri ab inteſtato ſucceditur, cum teſtamentum non fecit, licet fecerit codicillos. Altera conſtitutio quæ objicitur, eſt illa Conſtantini in *l. ult. C. fam. erciſc.* ex qua conſtitutione etiam eo caſu, quo pater inter liberos teſtatus eſt, ſed diſpoſitione imperfecta, qui

caſus

caſus in principio ponitur, non aliter quam ab inteſtato ſuccedi videtur, arg. verb. *licet ab inteſtato ad ſucceſsionem liberi vocentur.* & quia hic etiam paterna illa diſpoſitio non vi propria, ſed externa, nempe officio arbitri familiæ erciſcundæ ſuſtinetur. Reſpondent plerique cum Accurſio, verba illa, *licet ab inteſtato*, &c. referenda eſſe ad caſum, quo pater aut codicillos tantum fecit, aut per epiſtolam, vel quibuſcunque verbis indiciiſve voluntatem ſuam ſignificavit. Et quidem eo commode referri poſſent, ſi ipſo jure aut vi paternæ diſpoſitionis voluntas patris effectum ſortiretur: ſed quia non niſi ope judicis familiæ erciſcundæ voluntas patris exitum habere poteſt, quod eſt argumentum eam voluntatem non valere ipſo jure. *l. 2. C. de inoff. donat.* melius eſt, ut dicamus jus parentum procedente tempore auctum eſſe primum conſtitutione Theodoſii *d. l. hac conſultiſsima. §. ex imperfecto. C. de teſtam.* deinde & quidem maxime, conſtitutione Juſtiniani *Nov. 107. c. 1.* quibus diſerte cavetur, ut voluntas parentum liberos ſuos imperfecto teſtamento inſtituentium teneat ac rata ſit ſimpliciter, ac proinde ipſo jure ſine ullo adminiculo externo. Ex his, ut opinor, occurri poterit & cæteris, quæ forte huic ſententiæ ab aliis objiciuntur.

CAP. XVIII.

An verbis nuncupata parentum imperfecta diſpoſitio inter liberos ex privilegio valeat?

NOn ignobilis quæſtio eſt, an ut ſcripta, ita etiam nuncupata parentum imperfecta voluntas, coram duobus vel tribus teſtibus, aut paucioribus utique, quam ſeptem, jure ſingulari valeat & tenere debeat? Negat id Martinus antiquus gloſſator, cujus ſententiam ex veteribus ſecuti Fulgoſius & Salicetus in *auth. quod ſine. C. de teſtam.* Cæteri vero interpre-

tes

tes tam veteres, quam recentiores in contrarium iverunt, uno fere Antonio Fabro excepto, qui Martini cauſam à cæteris, quos ille pragmaticos nomine minus honorifico, appellat, deſertam rurſus ſuſcepit, atque acriter ſpecioſis argumentis defendit *dec.* 35. *err.* 4. *&* *dec.* 36. *err.* 9. Sed videamus, an tam abſona, ut Faber putat, à ratione juris conſtituti, omnique legum auctoritate deſtituta ſit illa interpretum communis ſententia, affirmantium etiam nuncupativam, licet imperfectam, parentum inter liberos diſpoſitionem ſubſiſtere. Unum autem in effectu argumentum eſt, quo Faber hanc ſententiam oppugnat, nempe quod, ut ille ait, leges omnes & conſtitutiones, quæ circa parentum diſpoſitiones non ſolennes promulgatæ ſunt, tantum loquantur de ſcriptis parentum voluntatibus. *l. ult. C. fam. erciſc. l. hac conſultiſſima.* 21. §. *ex imperfecto. C. de teſtam. Nov.* 107. *c.* 1. unde ſumpta *auth. quod ſine. C. d. tit.* Quod attinet ad illam novellam Juſtiniani conſtitutionem, fateor verum eſſe quod dicit: neque enim forma quæ illic præſcribitur, convenit voluntati ἀγράφῳ. ſed cur de non alia quam ſcripta parentum voluntate ibi agat Juſtinianus, poſtea intelligetur. Sed & forte etiam Theodoſius in *d.* §. *ex imperfecto.* per teſtamentum imperfectum non aliud intellexit, quam quod per ſcripturam factum eſt, quoniam non de aliis, quam de ſcriptis teſtamentis in principio conſtitutionis locutus fuit, quanquam hujuſmodi collectiones præſertim in reſcriptis Principum non ſunt neceſſariæ: atque ut id quod dicitur in *d.* §. *ex imperfecto.* aliorum teſtamenta imperfecta non tenere, generaliter verum eſt, ſive ſcripta ſint ſive nuncupativa, ita etiam generaliter accipi poteſt & debet; ſic ex contrario, quod dicitur imperfecta parentum teſtamenta valere inter liberos, etiam generaliter, & ſine exceptione intelligi poteſt. Et forte ideo Theodoſius poſtea, cum de teſtamen-

tis

tis nuncupativis tractat, nullam ſubjicit exceptionem. Sed neque ex *l. ult. C. fam. erciſc.* quæ Conſtantini eſt, conſtans & firmum argumentum pro Martini ſententia deduci poteſt. Etenim ex eo quod Conſtantinus meminit epiſtolæ & cujuſcunque ſcripturæ, minime ſequitur voluntatem parentum ſine ſcriptura verbis apud teſtes declaratam ratam non eſſe. Prius enim & teſtamenti meminit & codicillorum, quæ utique & ſine ſcriptura fieri poſſunt. Neque illa Conſtantini verba, *ſive quocunque alio modo ſcriptura, &c.* reſpiciunt totum antecedens, ſed proximum duntaxat, & illa, *ſeu epiſtola parentis*, &c. ut hic ſit ſenſus, ſive non teſtamentum aut codicilli, ſed tantum epiſtola parentis relicta inveniatur, ſive quodlibet aliud ſcriptum, quo vel verbis, vel quibuſcunque indiciis voluntas parentis ſignificetur. Et utique non eſt veriſimile eum, qui vult ſubſiſtere voluntatem patris quocunque ſcripto & quibuſcunque indiciis declaratam, nolle ſervari voluntatem patris verbis coram teſtibus nuncupatam, licet paucioribus quam ſeptem; & qui etiam ænigmata & tales conjecturas admittit, *ὡς μάντεων μᾶλλον, ἢ ἑρμηνέων ταῦτα προσδεῖσθαι*, ut Juſtinianus loquitur in *d. præfat.* eum manifeſta velle rejicere. Poſtquam ſatis ſibi probaſſe viſus eſt Antonius Faber, ex ſolo teſtamento imperfecto, quod per ſcripturam à parente factum eſt, voluntatem inter liberos cuſtodiri, non autem ex eo quod factum eſt per nuncupationem hujus diverſi juris etiam rationem afferendam putavit: & nempe hanc attulit, ut omnis falſi comminiſcendi ratio præripiatur; multa enim eſſe in jure noſtro, quorum probatio per ſcripturam permiſſa, per teſtes prohibita, quaſi ſemper minus ſuſpecta ſit probatio, quæ fit per qualemcunque ſcripturam, quam quæ per teſtes, licet omni exceptione majores: quod minime ei concedendum eſt, per *l. in exercendis. 15. C. de fid. inſtrum.* & con-

ſta

ſtat quam fallax ſit probatio per comparationem literarum. *l. comparationes.* 20. *C. eod.* quam facilis alienæ manus imitatio, & maxime ſi ſcriptor uſus ſit notis quibuſdam aut ſignis, qualis tamen parentum ſcriptura ex lege Conſtantini inter liberos rata eſt.

Denique, ſi vera eſt illa Antonii Fabri ratio, cur æque in teſtamento ſcripto teſtes jure communi requiruntur, & non pauciores, quam in nuncupativo? Verum quidem eſt, nullorum magis intereſſe, quam ipſorum parentum, ne falſum pro vero eorum judicio ſubjiciatur: ſed male inde colligit Faber, ex eo eſſe, quod ſcripto eorum judicio ἀμαρτύρῳ plus tribuatur, quam nuncupato coram teſtibus. Quin ex eo ipſo loco, quem Faber allegat, contrarium apparet, nempe ex *l. Divus.* 24. *ff. de teſtam. milit.* ubi militibus non minus conceditur heredem nuncupate citra ſolennitatem, dummodo teſtes aliquot adhibeat, quam ſcribere nullo teſte adhibito, quamvis non aliorum magis, quam ipſorum, quibus id privilegium datum eſt, intereſſe dicatur, ne quilibet militis ſermo pro vero ejus judicio capiatur. Unum præcipue eſt, quod hic nobis objici poſſit, nempe quod nullum adhuc locum protulimus, ubi expreſſe non minus qualiſcunque nuncupata parentum voluntas, quam ſcripta, inter liberos cuſtodiri jubetur. Ecce igitur tibi etiam textum in hanc rem expreſſum in *l. filii.* 16. *C. fam. erciſc.* ubi Diocletianus & Maximianus diſerte jubent judicem familiæ erciſcundæ voluntatem patris quibuſcunque verbis, etiam extra teſtamentum aut codicillos declaratam ſequi; ac proinde non modo ſcriptam, verum etiam lingua nuncupatam. Inſequentes autem Principes jus parentum non imminuerunt, ſed auxerunt, excepto eo, quod Juſtinianus voluit, cum per ſcripturam parentes teſtantur, voluntatem eorum ſcribi δι' ὁλογραμμάτων, ut ipſe loquitur in *d. Nov.* 107. *c.* 1.

ἐν τοῖς

Digitized by Google

ἐν τοῖς συμβόλοις τῶν ἀριθμῶν, quod Conſtantinus permiſerat. Atque hinc illud etiam apparet, eſſe in objectione Antonii Fabri inſufficientem partium ſeu legum enumerationem. Jam quod attinet *d. Nov.* 107. facile ex præfatione, qua utitur Juſtinianus, colligitur, eam ſolum accipiendam eſſe de parentibus, qui ſcripto inter liberos teſtari volunt. Nam diſerte illic profitetur, ſe in veteribus legibus, quæ ſunt de imperfecto parentum teſtamento, illud reprehendere, quod ſcripturas quaſvis admiſerint, etiam in quibus voluntas teſtatoris manifeſta non eſt, μὴ ἐναργὴς καὶ ἀσαφής, quæ tantum τεκμηρίοις, conjecturis quibuſdam & indiciis nitatur, notans præcipue conſtitutionem illam Conſtantini in *d. l. ult. C. fam. erciſc.* & talem ſcripturam διὰ τὸ ἀσαφὲς, propter incertum voluntatis improbans. Cum autem in ſcriptura ſolum hæc ἀσάφεια metuatur, ubi res notis ſcribi poſſunt, verba truncata eſſe, res partim à teſtatore ſcripta, partim ab alio, ad ſcripturam etiam ſolum conſtitutionem ſuam retulit Juſtinianus. In teſtamento vero nuncupativo nihil mutavit, cum nihil tale metuendum ſciret, ubi nullæ ſunt notæ, unus tantum loquitur, non duo, ubi non proferuntur verba dimidiata, ſed plena voluntas pronuntiatur. Hæc ſententia ut eſt communis, ita & certo jure ubique in praxi & foro recepta. Vide *Clar. §. teſtamentum. quæſt.* 1. *Graſſ. eod. §. quæſt.* 16. *Grot. lib.* 2. *introd. cap.* 17. *Sand. lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 7. quod & ipſe Antonius Faber ultro fatetur.

CAP. XIX.

An teſtamentum juxta ſtatuta aut mores alicujus loci factum etiam vim habeat extra illum locum, ubi major requiritur ordinationis ſolennitas?

Teſtator ibi teſtamentum fecit, ubi coram duobus teſtibus & notario teſtari licet, ut in hac noſtra Batavia. Quæritur an tale teſtamentum valeat etiam

etiam in iis locis, ubi major deſideratur ſolennitas, & verbi cauſa teſtes ſeptem, ut in Friſia, ubi ſequuntur jus civile Romanorum. Affirmant DD. *comm. in l. 1. C. de ſumm. Trinit. Vivius 1. opin. 36.* & ſecundum hanc ſententiam ſæpiſſime judicatum. *Guid. Pap. deciſ. 262. Teſſaur. 2. quaſt. for. 8. Mynſing. 5. obſ. 19. & 20. Gail. 2. obſ. 123. Ioann. à Sande lib. 4. rer. jud. tit. 1. defin. 12.* Sunt tamen qui in contrarium eunt, & in quæſtione propoſita ſic diſtinguendum arbitrantur, ut circa res quidem mobiles & nomina admittenda ſit communis ſententia: at circa res ſoli ſpectandum jus ejus loci in quo ſitæ ſunt: quippe res mobiles, quoniam ubicunque ſunt, ibi ſint ex voluntate domini, & pro libitu ejus transferri poſſint, perſonam ſequi, non leges locorum: immobilia vero, utpote quorum certus perpetuuſque ſitus eſt, regi ſecundum conſtitutiones loci cujuſque poſſeſſionis. *arg. l. ult. ff. de juriſd. l. ex ea. 9. ff. de poſtul. l. 4. C. de jur. fiſc.* ita *Manſuer. in ſua prax. tit. de ſucceſſ. Nicol. Burgund. ad conſuet. Fland. tract. 6. Chriſtin. vol. 2. deciſ. 3. & ſeqq. Buſ. ad l. 6. ff. de evict. Diod. Tuld. in breviar. ad C. tit. de teſtam. n. 5.* Mihi prior ſententia probabilior videtur, & errare poſteriorem ſequentes in eo, quod exiſtimant etiam eas teſtamentorum leges, quæ ad ſolennitatem ordinationis pertinent, afficere rem ipſam de qua diſponitur: in quo apertè falluntur; cum utique multum interſit inter formam ſeu ritum diſponendi, & rem ipſam, quæ ſubjectum eſt diſpoſitionis, ſeu id de quo fit diſpoſitio. Omnino enim in univerſum plurimum refert, utrum ſtatutum quid conſtituat circa actus alicujus ſolennitatem, an circa rem, puta fundum, locumve. Quæ ſtatuta in rem concipiuntur, rem ipſam haud dubie afficiunt, ut ubicunque ſit, ejus loci ubi eſt legibus obſtringatur. Qualia ſunt quæ de ſucceſſionibus ab inteſtato diſponunt *Schurff. cent. 1. conſil. 6. n. 1. & 2.*

Gail.

Gail. 2. obſ. 124. n. 4. & ſeqq. Sic apud nos, licet quantum ad res mobiles ſervetur jus ſucceſſionis, quod obtinet in loco domicilii defuncti; in rebus tamen ſoli cuſtoditur jus ejus loci ubi ſitæ ſunt. *Grot. lib. 2. introduct. c. 26. in fin.* Eodemque jure cenſenda ſunt & ſtatuta, quæ circa habilitatem perſonarum diſpenſando aliquid diſponunt. Ponamus legibus aut moribus alicujus regionis filiisfam. permiſſum eſſe de bonis maternis cæteriſque adventitiis teſtamentum condere, ut in pleriſque locis Belgii. *Leonin. lib. 6. emend. c. 3. in fin. Perez. ad tit. C. qui teſtam. fac. n. 9.* hoc teſtamentum non valebit iis in locis, ubi filiusfam. jus faciendi teſtamenti non habet, ſicut in Friſia, ubi etiamnum obtinet jus civile. *Sande d. lib. 4. defin. 1. add. Gail. d. lib. 2. obſ. 124. Gomez. ad l. 3. Tauri. n. 20.* Quibus autem ſtatutis aliquid cavetur, quod ad actus ſolennitatem duntaxat pertineat, cum ea neque rem afficiant, neque perſonam actum celebrantis, ſed formam ſolummodo actus, qui fit in loco ſtatuti aut conſuetudinis, rationi & juri magis conſentaneum eſt, ut ea vim ſuam exerant etiam ad bona alibi ſita: quoniam cum actuum ſolennia ad eorum ſpectent juriſdictionem, in quorum territorio celebrantur, per *l. 6. ff. de evict. l. 3. in fin. ff. de teſtib. l. 2. C. quemadm. teſt. aper. l. 9. l. ult. C. de teſtam.* conſequens eſt, ut actus ſecundum jus & conſuetudinem loci recte & legitime perfectus ubique vigorem ſuum obtineat, & ejus juris, cui perſona teſtatoris ſubjecta eſt, potius ratio habeatur, quam loci bonorum, quæ illius ſunt acceſſio. Ac videtur teſtamentum in hoc ſapere naturam contractus. Utique hoc poſito, quod nemo negat, teſtamentum valere, rationis eſt, ut ex eo quoque univerſa bona heres conſequatur, cum titulus ex teſtamento ſit univerſalis & individuus. Et alias contra rationem juris teſtato decedere volenti plura teſtamenta eſſent condenda, cum ex contrario teſtamen-

tum unius tantum unum eſſe poſſit; aut quod abſurdum eſt, unum idemque teſtamentum diverſo ſolennitatum jure inſtruendum eſſet, actumque unum atque individuum, qualis eſt teſtamenti, ſecundum diverſorum locorum placita aut mores dijudicari oporteret. *Peck. de teſtam. conjug. lib. 4. c. 28. in fin. Sande d. defin.* 14. ubi etiam prudenter temperat novam diſtinctionem Fachinæi circa advenam in aliquo loco teſtantem ſecundum conſuetudinem illius loci. Ad ea quæ objiciuntur facilis reſponſio eſt. Quale eſt illud, quod cum ſtatuta ſint localia, ubi ceſſat juriſdictio ſtatuentium, ibi & ceſſare debeat ſtatuti diſpoſitio, juxta vulgatum illud, Extra territorium jus dicens nihil agit. *l. ult. ff. de juriſd.* Negamus enim eos qui circa actus teſtamentarii ſolennitatem aliquid ſtatuunt, obſervandum in territorio ſuo, etiamſi ille actus ita celebratus alibi quoque valere debeat, dici poſſe propterea jus dixiſſe aut ſtatuiſſe extra territorium. Contractus & cæteros actus celebratos in loco ſtatuti ſecundum formam à ſtatuentibus præſcriptam, ubique vim habere conſtat: nemo tamen eſt, qui ex eo colligit, tale ſtatutum egredi juriſdictionem ſtatuentium: quia quod alibi quoque hujuſmodi actus valeant, non niſi ex conſequentia quadam fit, non autem directo vi ipſius ſtatuti, quod tantum diſponit de eo quod ad juriſdictionem ſtatuentium pertinet. Et hoc eſt quod Salicetus in *l.* 1. *C. de ſumm. Trinit.* ait, ſtatutum concernens ſolennia teſtamenti non diſponere de bonis principaliter, ſed tantum ſufflare ſpiritum in teſtamentum illud validando. Ex eo autem quod à Papiniano in *l.* 9. *ff. de poſtul.* reſponſum eſt, eum qui prohibitus eſt pro alio poſtulare ex cauſa quæ infamiam non irrogat, in ea tantum provincia pro aliis poſtulare non poſſe, in qua præſes fuit qui ſententiam dixit, in alia vero poſſe, quid argumenti magis contra, quam pro communi ſententia elici poſſit, ego non video: ſicut nec

ex

ex eo quod conſtituitur in *l. 4. de jur. fiſc.* ut prædia τῶν μετοίκων in fiſcum redigantur, quæ habebant prius quam demigrarent, nec ante ab eis diſtracta ſunt, niſi ſpecialiter id eis Princeps conceſſerit, ut ea ſibi poſſent retinere: ut tamen non arceantur à ſucceſſione parentum, quos in ea civitate, unde migrarunt, reliquerunt. Quid enim, quæſo, hæc ſpecies commune habet cum illa noſtra initio propoſita? Plane ſi lex expreſſe jubeat teſtatores ſequi ejus loci jus, in quo bona ſita ſunt, aliud dicendum eſt. Talis eſt conſtitutio Principum Brabantiæ emiſſa anno 1611. cujus meminerunt Chriſtinæus & Tuldenus *ubi ſupra. Perez. in Cod. de teſtam. 21. n.*

CAPUT XX.

An liberis ſuis heredibus præteritis à patre totum teſtamentum ſit ipſo jure nullum etiam hodie poſt Novell. 115. c. 3.

INterpretes vulgo ex eo quod *auth. ex cauſa. C. de lib. prætor.* generaliter & indiſtincte ab Irnerio concepta eſt hoc modo: *Ex cauſa exheredationis vel præteritionis irritum eſt teſtamentum, quantum ad inſtitutiones: cætera namque firma permanent:* colligunt id jus quoque pertinere ad præteritionem paternam, ut quamvis tale teſtamentum ab initio nullum ſit etiam jure noviſſimo, tamen hoc jure duntaxat nullum eſſe, quoad inſtitutionem, non quoad cætera capita, puta legata, fideicommiſſa, &c. atque hactenus etiam in propoſito jus vetus relatum in *l. 1. l. filio præterito. 17. ff. de injuſt. rupt. teſt.* mutatum eſſe. *Bart. in d. auth. n. 3. Covar. in c. Rainutius. ext. de teſtam. §. 6. n. 3. & ſeqq. Clar. §. teſtamentum. quæſt. 52. Graſſ. in dict. legatum. quæſt. 67. n. 2. Gail. 2. obſ. 113. Fachin. 6. contr. 77. Bronch. cent. 3. aſſert. 29.* uſque adeo, ut contendant irrito facto teſtamento, ſic enim loquuntur, ex cauſa præter-

itionis paterna, legata & fideicommiſſa actione ex teſtamento peti poſſe, quaſi etiam tale teſtamentum jure noviſſimo valeat pro his quæ in eo relicta ſunt. *Gail. d. obſ.* 113. *in fin. Donell. in d. auth. ex cauſa. n.* 12. *Duar. ad tit. de injuſt. rupt. irrit. teſt. c.* 2. *Fachin.* 4. *contr.* 10. Sed quantum ego judicare poſſum, omnino male & perperam. Nam, ut hoc primum dicam, non bene Irnerius *d. auth. ex cauſa.* his verbis concepit: *Ex cauſa exheredationis aut præteritionis irritum eſt teſtamentum*, &c. cum dicere debuerit, teſtamentum irritum conſtituitur, aut evertitur. Hoc ex eo apparet, quod Juſtinianus in tota illa ſua conſtitutione *Nov.* 115. *c.* 3. & 4. unde decerpta eſt *d. auth. ex cauſa.* tantum agat de teſtamentis, quæ ipſo jure valent, & ex quibus adiri poteſt hereditas; ſed quæ poſtea propter iniquam exheredationem vel præteritionem judicio de inofficioſo reſcindi poſſunt; non de iis quæ ab initio nulla ſunt. Utitur enim Imperator his verbis, eaque ingeminat, ἀκυροῦσθαι, irritum conſtitui, & ἀνατρέπεσθαι, ſubverti, reſcindi: quæ de iis tantum prædicantur, quæ ab initio conſtiterunt. Quippe irrita fieri aut rumpi ea demum dici poſſunt, quæ cum antea conſtarent, everſa ſunt. Privationem enim ſignificant: privatio autem, ut in ſcholis loquuntur, præſupponit habitum. Quæ autem nunquam conſtiterunt: ſive quæ ab initio non jure facta ſunt, irrita quidem eſſe recte dicimus, at non irrita conſtitui aut fieri: in quam rem à noſtris allegatur *l.* 5. *ff. de injuſt. rupt. teſt.* §. *hoc autem.* 5. *Inſt. quib. mod. teſt. infirm.* Cum itaque Juſtinianus non dicat, τῆς διαθήκης μηδεμίας οὔσης, teſtamento non ſubſiſtente, ſed τῆς διαθήκης ἀκυρουμένης, teſtamento infirmato, aut irrito reddito. *c.* 3. *in fin. d. Nov.* 115. & ἀνατρεπομένης τῆς διαθήκης, ſubverſo teſtamento. *c.* 4. §. ἐν ταῖς τοιαύταις. non debuit Irnerius dicere ex cauſa exheredationis aut præteritionis irri

tum

tum eſſe teſtamentum, ſed irritum conſtitui, aut reſcindi. Sed etſi verba conſtitutionis deficerent, multa tamen alia, quæ eadem conſtitutione caventur, verum eſſe arguunt quod dicimus, Juſtinianum de iis ſolummodo teſtamentis agere, quæ ipſo jure conſiſtunt, & ex quibus adiri poſſit hereditas. Quomodo enim aut quando ſcripti heredes, quod nominatim iis injungitur, exheredationis cauſam à teſtatore expreſſam probare poſſent, ſi ipſi non eſſent heredes? aut quomodo heredes eſſe poſſent ſine aditione? aut denique adire ex eo teſtamento, quod conſtat ipſo jure nullum eſſe? Utique non ante vel aliter teſtamentum pro everſo aut reſciſſo haberi vult Juſtinianus, quam ſi ſcripti heredes, querentibus exheredatis, excluſi ſint à probatione cauſæ ingratitudinis, ſive quod teſtator ipſe nullam allegaverit, ſive allegaverit aliquam, quam heredes probare non potuerint. Evincit hoc idem & accurata illa cauſarum ingratitudinis in *d. Nov.* 115. *c.* 3. definitio. De his enim cauſis apud centumviros, in judicio querelæ inofficioſi ſolum inquirebatur: unde iterum liquet, non de aliis teſtamentis Juſtinianum agere, quam quæ inofficioſa argui, & per querelam everti poſſunt; & conſequenter non de aliis, quam quæ ipſo jure valent, quale non eſt teſtamentum patris, in quo liberi præteriti: hoc enim ab initio ipſo jure nullum & inutile eſt. *l.* 7. *ff. de lib. & poſthum. l.* 1. *ff. de injuſt. rupt. teſt.* adeo ut nec ex poſtfacto aut lapſu temporis unquam convaleſcat. *pr. Inſtit. de exher. lib. l.* 7. *ff. de lib. & poſthum. l.* 1. *ff. de injuſt. rupt. teſt.* Denique quod pro parte tantum reſcinditur, neceſſe eſt in totum ab initio conſtitiſſe. Nihil igitur Juſtinianus circa præteritionem paternam novi juris introduxit: niſi quis dicat, quod quibuſdam viſum eſt, Juſtinianum omnem præteritionem exæquaſſe exheredationi, ſublato veteri diſcrimine præteritionis paternæ & maternæ. Sed hoc Juſtiniano propoſi-

tum fuiſſe nequaquam credendum eſt. Cur enim, ſi hoc diſcrimen & jus vetus tollere voluit, id non expreſſit, uti fecit antequam cauſas ingratitudinis deſiniret, & ubique alibi facit? Nec enim unquam ſolet Juſtinianus quicquam mutare ex jure antiquo ſine præfatione & commemoratione cauſæ, qua impulſus id faciat. Animadvertere illi debuerant Juſtinianum in *d. Nov.* 115. *c.* 3. non aliter loqui, quam in *pr. Inſt. de inoff. teſt.* aut quam Marcellus loquitur in *l.* 3. *ff. eod. tit.* Sancit enim non licere patri vel matri liberos ſuos exheredes facere aut præterire, niſi forſan probabuntur ingrati, &c. quæ prædicata propriis ſubjectis attribuenda ſunt, ut exheredes facere non liceat patri, matri non liceat præterire, quemadmodum in *d. pr. & d. l.* 3. alterum proprie ad patrem, alterum ad matrem referri conſtat. Liquet hoc ex eo quod Juſtinianus in *d. Nov.* 115. *c.* 5. aperte profitetur hoc ſolum ſibi propoſitum eſſe, ut injuriam exheredationis & præteritionis à liberis avertat. Jam vero injuria ea propriè eſt, quæ vel exheredatione vel ea præteritione infligitur, quæ vim exheredationis habet. *l. Papinianus.* 8. *in pr. ff. de inoff. teſt. l.* 4. *verſ. quod ſi fuiſſet. circa med. C. de lib. præter.* Nam etſi à patre quoque præteritis injuria inferebatur, non inferebatur tamen cum effectu: quippe cum ex ea cauſa teſtamentum patris prorſus inutile & nullius momenti eſſet. Exheredatis autem à patre, aut etiam præteritis à matre cum effectu inferebatur injuria: quæ quanquam vindicabatur judicio de inofficioſo, tamen ſi legitima portio quocunque titulo liberis, quantumvis obſequentiſſimis, relicta fuerat, injuria illa manebat. §. *ſed hæc.* 3. *Inſt. de inoff. teſtam.* cui rei occurrere voluit Juſtinianus, atque ea de cauſa conſtituit, ut non ſufficeret in poſterum ad excludendam querelam legitimam quolibet titulo relictam eſſe: ſed neceſſe eſſet, liberos vel heredes inſtitui, vel exheredari addito elogio. Cæterum quia illata per exheredatio-

dationem aut præteritionem injuria ſatis tollitur reſciſſa inſtitutione heredis, ſufficere etiam ei viſum fuit inſtitutionem ſolam reſcindi, ſalvis cæteris teſtamenti capitibus, cum olim querela omnia reſcinderet. Nihil hoc pertinet ad præteritionem paternam, ex qua cauſa teſtamentum ab initio nullum eſt. Omnino enim explodendus eſt eorum error, qui putant filium etiam non rite à patre exheredatum, modo ei quocunque titulo legitima relicta eſſet, jure antiquo queri debuiſſe de inofficioſo, nec alio jure ad bona patris venire potuiſſe. Quid enim certius, quam præterito filio, qui erat in poteſtate, teſtamentum ipſo jure nullius fuiſſe momenti? Nec vero eo minus pro præterito habebatur, aut nullum erat teſtamentum, quod quarta debitæ portionis, aut etiam multo amplius præterito legatum fuerat. Nam utrum filius præteritus eſſet, nec ne, non ex legati datione, ſed ex inſtitutione aut exheredatione æſtimabatur, omneſque præteriti cenſebantur, qui neque heredes inſtituti erant, neque ut oportet exheredati. *eadem.* §. 12. *Inſt. de hered. quæ ab inteſt.* Quod vero Ulpianus in *l.* 8. §. *ſi quis.* 6. *ff. de inoff. teſt.* ait ſecure eum teſtari, qui mortis cauſa quartam donavit, non ſic accipiendum eſt, poſſe patrem iſto caſu filium præterire, ſed poſſe ſecure exheredare hoc effectu, ut & teſtamentum jure conſiſtat, nec per querelam reſcindatur. Sed neque pertinet *d. Nov.* 115. *c.* 3. ad ea teſtamenta, in quibus liberi poſthumi aut emancipati à patre præteriti ſunt, quamvis illa jure ſubſiſtant: nam iſtorum nativitate teſtamentum rumpitur ipſo jure, & in totum infirmatur; his præteritis per contra tabulas bonorum poſſeſſionem evertitur. §. 1. *&* §. *emancipatos.* 3. *Inſt. de exher. lib.* ut proinde nec hic querelæ, de qua una in *d. Nov.* agitur, ſit locus: quippe quæ non datur, ubi alio jure ad hereditatem parentum liberi venire poſſunt. §. 2. *Inſt. de inoff. teſtam.* nec quicquam ex hoc jure expreſſe mutatum reperitur. Quamobrem

Digitized by Google

obrem cum, ut ſatis abundeque demonſtravimus, tota ſanctio Juſtiniani in *d. Nov.* 115. *c.* 3. ſpectet liberos, quibus ab hereditate patris excluſis nec civili nec prætorio jure ullum remedium competit, ſed tantum una querela inofficioſi teſtamenti; ex cauſa autem præteritionis paternæ teſtamentum vel ipſo jure nullum ſit, vel rumpatur agnatione ſui heredis, aut data bonorum poſſeſſione contra tabulas evertatur: in univerſum dicendum eſt, non ad alios liberos eam Juſtiniani conſtitutionem pertinere, quam qui legitime à patre ſunt exheredati; nec poteſt ea produci ad præteritionem paternam ſine inſigni liberorum, quibus conſulere voluit Juſtinianus, læſione. Matris autem præteritio pro exheredatione ſemper reputata fuit. Ac proinde liberi à matre præteriti neque civili jure, neque prætorio teſtamentum turbare poſſunt, non magis, quam à patre exheredati: ſed his unicum tantum adminiculum ſupereſt, videlicet querela inofficioſi teſtamenti. §. *ult. Inſt. de exher. lib. l.* 8. *pr. ff. de bon. poſſ. cont. tab.* Hanc ſententiam Azoni & pleriſque veterum probatam fuiſſe teſtantur *Bart. & Iaſ. in d. auth. ex cauſa.* quos ſecuti *Cujac. in l. filio.* 17. *ff. de injuſt. rupt. teſt. Govean. in l.* 1. *ff. de vulg. & pup. Ant. Fab. lib.* 9. *conject.* 14. *& dec.* 20. *err.* 4. *Gilken. in d. auth. n.* 1. *& ſeqq.*

Sunt qui intereſſe exiſtimant, utrum præteritio facta ſit à patre ignorante ſibi liberos ſupereſſe, an à ſciente, illo caſu totum teſtamentum irritum eſſe, niſi adjecta ſit clauſula codicillaris: hoc autem ſive poſteriore caſu legata & fideicommiſſa ſalva manere: quæ ſententia præjudiciis curiarum ſupremæ juriſdictionis robur accepit. *Ant. Fab. Cod. ſuo for. de lib. & poſthum. defin.* 1. *Chriſtin. vol.* 4. *deciſ.* 9. & probatur Diod. Tuldeno in *comment. Inſt. de inoff. teſt. c.* 1. In hiſce autem regionibus paſſim neceſſitatem exheredandorum liberorum, ſi heredes

non

non inſtituantur, non agnoſcimus, utpote quæ ſuorum tantum heredum propria eſt, quales heredes nos non habemus: ſed præteritio non matris tantum, verum etiam patris pro exheredatione habetur, exemplo militarium teſtamentorum. §. *ſed ſi*. 6. *Inſt. de exher. liber.* Intelligo ut ipſo jure valeat teſtamentum, non quin tanquam inofficioſum reſcindi poſſit, & res ad cauſam inteſtati pronuntiatione judicis redigi. Nam querelam modis omnibus etiam nos retinemus, ſi inique & contra officium pietatis exheredatio aut præteritio facta proponatur. *Gudelin. lib. 2. de jur. noviſſ. c. 5. Grot. lib. 2. introd. c. 18. Chriſtin. vol. 4. deciſ. 20. n. 8. Groenevv. tract. de legib. abrog. ad tit. Inſt. de exher. lib. in pr.*

CAPUT. XXI.

Utrum ſi exheredatio facta ſit ſine elogio, teſtamentum ex Nov. 115. nullum ſit, an jure adhuc ſubſiſtat, & ad illud reſcindendum querela ſit opus?

ELegans quæſtio eſt, utrum ſi exheredatio facta ſit omiſſo elogio, id eſt, ſine expreſſione cauſæ ingratitudinis, teſtamentum ex conſtitutione Juſtiniani *Novell.* 115. *c.* 3. *&* 4. nullum ſit ipſo jure, an jure adhuc ſubſiſtat, & ad illud reſcindendum querela etiamnum ſit opus. In hac quæſtione numero vincunt, qui ad validitatem teſtamenti negant ſufficere exheredationem ſimplicem ſeu factam ſine cauſæ inſertione, & ad hoc omnino requirunt qualificatam. Quod ſi verum eſt, nullus uſus querelæ relinquitur in linea recta, præterquam unico illo caſu, cum exheredationi aut præteritioni additum eſt elogium: quæ ſententia fuit Joannis, rejecta à Gloſſa in *l.* 5. *ff. de inoff. teſt.* probata pleriſque interpretibus in *auth. ex cauſa. C. de lib. præt. Clar.* §. *teſtamentum. quæſt.* 40. *Gomez.* 1. *reſol.* 11. *Covar.*

Digitized by Google

Covar. in c. Rainutius. p. 1. n. 7. c. 16. VVeſenb. par de inoff. teſt. n. 7. & latè defenſa à *Bach. ad pr. Inſt. eod. tit.* Cæterum ut plurimis hæc ſententia placeat, non deſunt tamen qui eam taxent, ut conſtitutioni Juſtiniani minime conſentaneam: & ſane, ut mihi videtur, non immerito. Nam qui diligenter eam conſtitutionem evolvet, comperiet ex tenore Imperatorem non agere de iis rebus, quæ ad internam teſtamenti ſolennitatem ritumve exheredationis pertinent; ſed tantum de cauſis, ob quas facta exheredatio, juſte vel injuſte facta intelligatur. At injuſtitia exheredationis non vitiat teſtamentum ipſo jure. Quamobrem nos contra ſic ſtatuimus, etiam poſt *dict. Nov.* 115. dummodo liberi, quicunque erunt, rite ſint exheredati ſecundum formam juris prioris, ſcilicet nominatim, pure, ſimpliciter, quamvis aut nulla ſit cauſa exheredationis, aut non ſit adſcripta, jus antiquum manere, & querelam ſolam exheredatis dari, etiam poſthumis & infantibus. Vide enim, quæſo, quæ ſuperiori ſententiæ ſint conſequentia. Efficitur ex ea, ut teſtamentum nullum ſit, etiamſi præteriti ſint liberi emancipati; etiamſi præteriti ſint ſine elogio, qui nunquam in poteſtate fuerunt; ut poſthumi exheredati nativitate rumpatur ipſo jure teſtamentum; ut infantium atque adeo impuberum fere omnium exheredatio nullius momenti ſit; denique ut tantum non liberi matribus, parentes liberis ſui heredes fiant. Atque ita deletur bonorum poſſeſſio contra tabulas: deletur §. *emancipatos.* 3. *item* §. *ſed hæc quidem.* 5. §. *ult. Inſt. de exher. liber.* Delentur ferme in totum *titt. ff. C. & Inſt. de inoff. teſt.* Quis vero credat tot capita juris veteris à Juſtiniano tacite abrogata, qui nunquam ſolet quicquam de jure veteri mutare, niſi cum expreſſa mentione ejus juris quod abrogare conſtituit, & commendatione novi? Reſtragantur etiam verba *d. Nov.* 115. *c.* 3. circa

fin.

Digitized by Google

fin. & c. 4. §. *ſi tales*. 9. ubi cum juſſiſſet Imperator, ſi exheredatio aut præteritio facta eſſet cum elogio, idque elogium probaſſent ſcripti heredes, firmum manere teſtamentum, ſive, ut ipſe loquitur, *ἐν τῇ ἰδίᾳ ἰσχύι διαμένειν, τὴν ἰδίαν ἔχειν ἰσχύν*, ſubjicit, ſi hoc obſervatum non fuerit, teſtamentum irritum reddi atque everti: utitur enim verbis *ἀκυροῦσθαι* & *ἀνατρέπεσθαι*, quæ de iis tantum prædicari ſolent, quæ ab initio conſtiterunt. Quo vero remedio evertetur? Non alio haud dubie, quam querela inofficioſi, quæ una exheredatis, aut præteritis ea præteritione quæ vim exheredationis habet, ſupererat. Arguit hoc diligens illa cauſarum ingratitudinis, de quibus in judicio querelæ agitur, enumeratio & definitio, quæ cauſam novæ conſtitutioni dedit. Adhæc, ſi dicimus liberis omnibus ſine elogio exheredatis aut præteritis teſtamentum poteſtate d. conſtitutionis nullum eſſe, non liberis tantum conſulimus, ſed extraneis etiam defuncti heredibus legitimis: quippe ad quos tum liberis repudiantibus, aut ante parentem, aut priuſquam hereditatem adierint, mortuis, hereditas defuncti ab inteſtato perventura ſit excluſis ſcriptis heredibus, qui alioqui ex teſtamento iiſdem rebus intervenientibus venturi eſſent. Juſtinianus autem liberis duntaxat proſpectum voluit, ne his noceret exheredatio, non conſulere aliis contra ſcriptos teſtamento heredes. Poſtremo, ut ex dictis liquet, non fuit ei propoſitum tollere inofficioſi querelam, ſed proniorem atque expeditiorem ei viam facere, unique potiſſimum rei afferre remedium, ne ſcilicet liberi exheredati aut præteriti ob difficultatem probandi ſe ſemper officioſos fuiſſe, parentum hereditate exciderent. Cum ergo duplicem effectum jure veteri exheredatio habeat, unum hunc, ut abſolvat teſtamenti paterni ſolemnitatem, ut ne nullum ſit ob præteritionem, ad quod ſufficit rite factam eſſe,

quamvis injuſta ſit: alterum, ut exheredatum ſummoveat ab hereditate, ad quod inſuper exigitur, ut facta ſit juſtis de cauſis: poſteriorem tantum effectum reſtringere voluit Juſtinianus, priore in ſuo ſtatu relicto. Sive igitur nulla cauſa à teſtatore expreſſa ſit, ſive aliqua, quæ tamen non ſit ex iis quæ *d. Nov. 115. c. 3.* continentur, aut ex iis quidem, ſed in cujus probatione heres deficiat, utiliter & cum effectu exheredatus de inofficioſo hodieque aget & poſtulabit, ut teſtamentum reſcindatur, reſque redigatur ad cauſam inteſtati: neque alio remedio ad bona defuncti parentis venire poterit. Idemque erit, ſi liberi præteriti ſint ab iis parentibus, quorum præteritio pro exheredatione eſt, ut matris & avi materni, licet cauſa adjecta non ſit. Falſum enim eſt, quod plerique pro vero nobis obtrudunt, præteritionem maternam pro exheredatione amplius non haberi, ſed ex hac cauſa non minus nullum eſſe teſtamentum, quam ſi pater præteriiſſet, niſi præteritioni additum ſit elogium: quippe qui contra rationem juris neceſſitatem exheredandi illic introducunt, ubi non eſt ſuitas. *l. 11. ff. de lib. & poſth. l. 4. §. 2. ff. de bon. poſſ. cont. tab.* Proinde nihil quoque intereſt parentes à liberis exheredati ſint, an præteriti: nam hæc in linea adſcendentium nihil differunt. Ita concludimus cum *Fulgoſ. & Don. in d. auth. ex cauſa. Duar. c. 3. ad tit. de inoff. teſt. Vigl. ad rubr. Inſt. eod. Cujac. ad Nov. 18. Vaſq. lib. 2. de ſucc. creat. §. 20. n. 162. & ſeqq. Fachin. 4. controv. 9. Gudelin. lib. 2. de jur. noviſſ. c. 4. Perez. in Cod. tit. de lib. præt. n. 13.*

Argumenta diſſentientium non ſunt talia, quin his facile ex iis quæ jam dicta ſunt, occurri poſſit. Primum eſt, quod exheredatio non rite facta pro præteritione habetur. *l. 8. §. 2. ff. de bon. poſſ. cont. tab.* Eſto: ſed falſum eſt quod aſſumunt, exheredationem ſine elogio factam rite factam non eſſe, petuntque

tuntque hic ſibi concedi τὸ ἐν ἀρχῇ, ſupponentes in exheredatione omiſſo elogio facta leges & ritum exheredationis obſervata non eſſe: quod eſt πρῶτον ψεῦδος. Nam, ut ſupra demonſtravimus, in tota illa *Nov.* 115. *c.* 3. *&* 4. nihil cavetur de alia ſolennitate aut de alio ritu in exheredatione obſervando, quam qui prioribus legibus præſcriptus fuit, nempe ut pure, ut nominatim, ut à tota hereditate & ab omnibus gradibus liberi exheredentur. *l.* 3. §. 1. *& ſeqq. l. cum quidam.* 19. *ff. de lib. & poſthum. l. ſed ſub.* 18. *ff. de bon. poſſ. cont. tab.* §. *ſed hæc.* 5. *Inſt. de exher. lib.* ſed tantum proclivior via ſternitur ad querelam inofficioſi teſtamenti, ubi exheredatio rite quidem facta eſt, ſed injuriam habere videtur. Non obſtat, quod Juſtinianus expreſſe jubet cauſam ingratitudinis teſtamento inſeri: nam idem, ſi inſerta non ſit, non vult teſtamentum ipſo jure nullum eſſe, ſed vult illud reſcindi, & quidem non in totum, ſed pro parte duntaxat, quoad inſtitutionem ſcilicet heredis; cætera autem capitula ſalva manere. Itaque fruſtra hic objicitur vulgatum illud: Quod contra legem fit, id ipſo jure nullum eſt. *l.* 5. *C. de legib.* Nam illa regula non procedit, quando lex id, quod fieri vetat, valere aliquo modo & ſubſiſtere patitur ſuppeditato remedio, quo quod factum eſt, reſcindatur, aut vis ejus infringatur, quod hic fecit Juſtinianus: de quo nos fuſius *lib.* 1. *quæſt.* 1. Non majoris ponderis eſt & hoc argumentum, quod tamen Bachovio palmarium videtur, nempe legitimam liberis & parentibus relinquendam eſſe titulo inſtitutionis. Ex eo enim minime ſequitur, ſi non ſit relicta tali titulo, teſtamentum ipſo jure nullum eſſe. Sed hæc collectio bona eſt; ut teſtamentum maneat ἐν τῇ ἰδίᾳ ἰσχύι, & ab omni oppugnatione tutum ſit, voluit Juſtinianus bonos liberos & parentes honorari titulo heredis: ergo ſi tali titulo honorati non ſunt, teſtamentum non ma-

net firmum, ſed oppugnari & expugnari poteſt. At, inquiunt, exheredati ſine elogio non poſſunt cauſa cadere: fruſtra autem datur actio, in qua non poteſt actor ſuccumbere. Mira ratio. Ergo fruſtra eſt, quod actio de inofficioſo datur poſthumis exheredatis. §. 2. *Inſt. de inoff. teſt.* item liberis omnibus exheredatis non addito in genere, quod ingrati fuerint; quia non poſſunt non vincere. *l. omnimodo.* 30. *C. eod. tit.* Conſiderare debuerant non fruſtra eſſe quod leges teſtamentum ſubſiſtere volunt, ut ſaltem iis caſibus, quos modo memoravi, incidentibus, voluntas defuncti conſervetur & exitum habeat.

CAP. XXII.

An jus accreſcendi in hereditatibus cum aliquo effectu à teſtatore prohiberi queat?

QUando unus tantum heres ſcriptus eſt, licet ex certa parte hereditatis, puta quadrante, triente, &c. is perinde ac ſi ex toto aſſe inſtitutus eſſet, omnium bonorum hereditatem conſequitur. §. *hereditas.* 5. *Inſt. de hered. inſtit.* Hoc autem magis eſt ex ſubtilitate juris propter regulam, quia nemini partim teſtato, partim inteſtato decedere permittitur. *d.* § *hereditas.* quam ex voluntate defuncti, quæ ejuſmodi interpretationem vix admittit, ubi unus tantum ex parte aliqua heres ſcriptus eſt. Quod ſi, verbi cauſa, tres, ſinguli ex uncia ſcripti ſint, aut duo ex duabus partibus, tertius ex parte tertia, commodiſſime dicitur arbitraria diſtributione teſtatorem uſum, atque in tres partes æquales univerſam hereditatem diviſiſſe. Quod ſecus eſt, ſi unus tantum inſtitutus proponatur in quadrante, ſive quarta hereditatis parte. Quamobrem licet illo caſu propter libertatem diſtribuendi, & communem voluntatem idem obtineat in teſtamento militis, quod

in

Digitized by Google

in teſtamento paganorum. *l. 3. C. de teſtam. mil.* hoc tamen caſu diverſum jus eſt, propter d. regulam, quæ non militum, ſed paganorum poteſtatem coërcet; atque uno tantum herede in certa aſſis parte à pagano inſtituto, pars hæc reliquas ad ſe trahit; à milite ſi idem factum ſit, reſiduum heredes ab inteſtato ferunt. *l. quærebatur. 19. ff. de teſtam. milit.* quod & in Græcis Inſtitutionibus diſerte expreſſit Theophilus. Sed & ſi quis inſtitutus fuerit, non ex parte hereditatis, ſed ex re certa, puta ex fundo Tuſculano, valet inſtitutio detracta rei mentione. *l. 1. §. ſi ex. 4. l. quoties. 9. §. ſi duo. 13. ff. de hered. inſt.* niſi ei coheres indefinite aut ex parte aſſis datus ſit: tunc enim legatarii loco habetur. *l. coheredi. 41. §. ult. de vulg. & pup. l. pen. C. de hered. inſtit.*

Verum & hoc ipſum ex ſubtilitate juris eſt, atque ex vi ſuperioris regulæ, ac proinde ad militaria teſtamenta non pertinet: nam ſi miles unum ex fundo heredem ſcripſerit, creditur, quantum ad reſiduum patrimonium inteſtatus deceſſiſſe. *l. 6. ff. de teſtam. milit.* Igitur jus noſtrum, ut inquit Pomponius *l. 7. ff. de reg. jur.* non patitur eundem in paganis teſtato & inteſtato decedere: quaſi hæc duo, teſtatus & inteſtatus, inter ſe naturaliter pugnent, tanquam aientia & negantia, & ideo eidem ſubjecto ineſſe, aut de eodem ſubjecto pronuntiari non poſſint, ex regula logicorum de oppoſitione. Et quidem ſine manifeſta & naturali rerum pugna dici non poteſt unum atque eundem in totum aut ſecundum eandem partem & teſtatum & inteſtatum deceſſiſſe: at non prohibet lex oppoſitionis, quominus dicamus eundem teſtatum & inteſtatum deceſſiſſe, non ſecundum idem, ſed ſecundum partes diverſas. Cæterum ut hic quoque pugna ſit, efficit ſubtilitas juris civilis, qua fingitur heres repræſentare & ſuſtinere perſonam defuncti: quæ repræſentatio ut eſt totius perſonæ, ita & totalis, at-

Digitized by Google

que ut eſt unius, ita & uniformis eſſe debet: hoc eſt, ut defunctus pro parte repræſentari non debet, ita nec debet per heredes diverſi generis partim ex teſtamento, partim ab inteſtato: ſed quiſquis heres eſt, debet in totum ſubire locum & vicem demortui, eumque repræſentare uno ac ſimplici repræſentationis genere, & vel in totum ex teſtamento, vel in totum ab inteſtato. Eoque pertinet, quod ſcribit M. Tullius *lib. 2. de invent.* unius pecuniæ diſſimilibus de cauſis heredes eſſe non poſſe: nec unquam factum eſſe, ut ejuſdem pecuniæ alius teſtamento, alius lege heres eſſet. Rationem hujus rei hanc affert Gomez *lib. 2. var. reſol. c. 3.* quod abſurdum ſit per qualitates contrarias, quæ in uno & eodem homine natura eſſe non poſſunt, unum & eundem per fictionem, quæ naturam imitatur, repræſentari. Putarem ego *naturaliter* in *d. l. 7. ff. de reg. jur.* poſitum eſſe pro eo quod recepti paſſim moris erat; ut & alibi interdum *l. in cauſa. 16. §. idem Pomponius. 4. ff. de minor. l. item ſi. 22. §. 1. ff. locat.* Nam regula iſta è ſolis Romanorum moribus pendet, neque apud alios populos locum habet, ac ne apud Romanos quidem in teſtamento militis: unde ſatis liquet eam non niti aliqua naturali ratione.

Ex hac porro regula deſcendit jus accreſcendi inter plures heredes teſtamentarios, videlicet ut uno deficiente pars ejus accreſcat cæteris, qui heredes extiterunt. *l. liber homo. §. 3. l. ſi ita quis. 66. ff. de hered. inſtit. l. un. §. his ita. 10. C. de caduc. toll.* quanquam non ex cauſa proxima aut adæquata. Valet enim hoc jus etiam in hereditatibus legitimis. *l. ſi ex pluribus. 9. ff. de ſuis & legit. hered.* & valet utrobique ex neceſſitate. Neceſſitas naſcitur ex duobus principiis juris: quorum primum eſt, Neminem hereditatis ſibi delatæ partem ſemel quæſitam repudiare poſſe. *l. 4. C. de repud. her.* alterum, Neminem ejuſdem hereditatis, quæ alium heredem

non habet, partem habere poſſe, partem repudiare. *l.* 1. *l.* 2. *ff. de acq. her. d. l. un.* §. *his. ita.* 10. *C. de cad. toll.* Et igitur, qui ex aliqua parte heres extitit, ſive ex teſtamento ſive ab inteſtato, ei etiam invito & ignoranti deficientium portiones accreſcunt. *l. heredi.* 31. *l. ſi duo.* 38. *l. qui ex duobus.* 53. §. 1. *ff. de acq. hered. d. l.* 9. *ff. de ſuis & leg. her.* & accreſcunt ſemper cum onere, æris videlicet alieni & legatorum. *d. l. un.* §. *his ita. C. de cad. toll.* Si plures ſint, qui portionem ſuam agnoverunt, defectæ partes accreſcunt omnibus qui agnoverint, ſi omnes conjuncti aut disjuncti ſint: ſin promiſcue conjunctim disjunctimque inſtituti, aut ab inteſtato vocati, deficientis disjuncti portio omnibus, conjuncti ſolis conjunctis accreſcit ex tacita voluntate teſtatoris aut legis. Accreſcit vero ſingulis non ex æquo, ſed pro portionibus hereditariis: & in diſtributione ſi permiſtim inſtituti ſint disjuncti & conjuncti, placet conjunctos unius perſonæ poteſtate fungi, ut non plus univerſi conſequantur, quam disjunctorum ſinguli. *d. l. un.* §. *his ita.* 10. *C. de cad. toll. l. heredes.* 63. *ff. de her. inſtit.* eademque ratio eſt & heredum legitimorum, cum alii conjunctim ſeu nomine collectivo, alii ſeparatim vocantur; quod fit, cum quidam in ſtirpes, alii in capita veniunt, ut filii & nepotes, fratres & fratrum filii. Valet id jus & in legatis inter collegatarios ejuſdem rei: verum ratione & effectu nonnihil diſſimili. Etenim in legatis locum non habet ex neceſſitate aliqua aut diſpoſitione juris, ſed ex ſola præſumpta voluntate teſtatoris eandem rem pluribus legantis: quippe quos ſingulos partem quidem habere velle intelligitur & legatum ſcindi, ſi concurrant; ſi vero non concurrant, ſolidum poſtpoſito herede. §. *ſi eadem.* 8. *inſt. de legat. l. un.* §. *ubi autem.* 11. *C. de caduc. toll.* ac proinde & prohiberi inter legatarios ejuſdem rei accretio poteſt, & ſi ſingulis ſingulæ res legatæ, uno defi-

deficiente portio ejus in hereditate manet. *l. hujuſmodi.* 84. §. *pen. ff. de legat.* 1. & cum deficientis coheredis portionem coheres invitus & cum onere ſemper accipiat, collegatarius portionem collegatarii nec invitus plerumque accipit, & interdum ſine onere. *d. l. un.* § *his ita.* 10. *& ſeq. C. de caduc. toll.*

Igitur, ut diximus, ſi quis ſolus ex certa parte hereditatis aut ex certa re inſtitutus ſit, is nihilominus in integrum aſſem poteſtate juris vocatur. Sed quid ſi teſtator adſcripſerit, nolle ſe ut heres ſcriptus reliquas partes ferat, & jus accreſcendi expreſſe prohibuerit? Et quidem, quemadmodum nemo ſine obſervatione legum teſtamentum condere poteſt, ita nemo quoque in ſuo teſtamento poteſt cavere, ne leges in eo locum habeant. *l. nemo poteſt.* 55. *ff. de legat.* 1. ut illud omnino manifeſtum ſit, teſtatorem nulla cautione efficere poſſe, ut contra regulas juris civilis diſpariliter ei ſuccedatur, & ex teſtamento & ab inteſtato. Alterutrum ergo dicamus neceſſe eſt, vel cum Bartolo totum teſtamentum ob eam prohibitionem collabi: utique tamen heredes ab inteſtato teneri quaſi ex fideicommiſſo partem teſtamento expreſſam reſtituere heredi ſcripto: vid. *Comez.* 1. *reſol.* 10. *n.* 10. *& ſeq.* vel raro manente teſtamento prohibitionem inſuper habendam, reſiduaſque partes, quantumvis vetante teſtatore, accreſcere heredi inſtituto: quæ ſententia, ut ex iis quæ jam dicta ſunt, patet, juri magis eſt conſentanea; & numero etiam ſuffragiorum vincit, teſtib. *Vig. ad d.* §. 5. *Clar.* §. *teſtamentum. q.* 74. *Chriſtin. vol.* 4. *deciſ.* 11. Levia autem valde ſunt, quæ huic ſententiæ objiciuntur, & præſertim à D. Bronchorſtio *lib.* 2. *miſc. contr. aſſert.* 14. quale primum illud eſt quod Ulpianus in *l. quoties.* 9. §. *ſi duo.* 13. *ff. de hered. inſtit.* ſcribit, inſtitutos ex certis rebus, quaſi ſimpliciter inſtituti ſint, hereditate potiri, niſi voluntas patrisfam. manifeſtiſſime refragetur: unde

ſic

Digitized by Google

ſic ex contrario recte colligi putat, ſi paterfam. expreſſe voluit eos contentos eſſe iis rebus aut partibus, ex quibus inſtituti ſunt, atque nominatim prohibuerit, ne reliqua bona iis accreſcant, eo caſu pro parte teſtatum decedere, neque ad hunc caſum ſuperiorem regulam pertinere. Vitioſa enim hæc collectio & prava hujus loci interpretatio eſt: quippe Juriſconſultus his verbis, *ſi modo voluntas patrisfam. manifeſtiſſime non refragatur*, non hoc ſignificat ſi teſtator prohibuerit reliquam portionem accreſcere inſtitutis, eam relinquendam eſſe heredibus legitimis; atque ita contra quam juris ratio patitur, eundem & teſtato & inteſtato poſſe decedere: ſed longe alia iſtius clauſulæ ſententia eſt, nempe quod ſcripti ex inæqualibus partibus certæ rei, qui alioqui ex ratione juris ex æquis partibus heredes forent, perinde ac ſi nec res nec partes eſſent nominatæ, in manifeſta teſtatoris voluntate heredes ex inæqualibus partibus fiant, atque ex iis proportionaliter, quas in rebus certis expreſſit, veluti in ſpecie ab Ulpiano propoſita unus ex triente, alter ex beſſe, quæ partes nominantur in fundo. Atque inducetur hæc inæqualitas non tam ipſo jure, quam officio arbitri familiæ erciſcundæ. *l. ex facto. 35. ff. de hered. inſtit.* Putat præterea D. Bronchorſtius ſatis probari poſſe teſtatorem, cum hoc aperte voluit, pro parte teſtato decedere, & ſic cavere, ne reſiduum heredi inſtituto accreſcat, per *l. peto.* 69. *pr. verſ. idem dicemus. ff. de leg.* 2. Proponitur ibi heres ex aſſe ſcriptus his verbis à teſtatore rogatus: *Peto pro hereditate, quam tibi reliqui, quæ ad fratrem meum jure legitimo rediret, contentus ſis centum aureis*: & ait Papinianus tale fideicommiſſum valere. Ergo, inquit Bronchorſtius, legitimi heredes hic in reſiduo ab inteſtato ſuccedunt. Hoc, inquam ego, levius primo eſt, & aperte falſum. Nam cum heres inſtitutus retenta vel deducta certa re aut ſumma roga-

tus eſt hereditatem reſtituere, aut quod vi ipſa idem eſt, certa ſumma contentus eſſe ejus, qui teſtamento non facto legitimus heres futurus eſſet, gratia, ut in ſpecie propoſita, non duo diverſi generis heredes hic defuncto ſuccedunt, unus ex teſtamento, alter ab inteſtato; ſed uterque ex teſtamento, alter directe, alter oblique ſeu ex fideicommiſſo. Atque hoc caſu heres fiduciarius reſtituta hereditate inſtar legatarii eſt, & vi ipſa legatarius: fideicommiſſarius ſolus heredis locum obtinet, actioneſque hereditarias ſolus & exercet, & excipit. §. *ſi quis una*. 9. *Inſt. de fideic. hered. l. ſi legatus*. 30. §. 3. *ff. ad ſenat. Trebell. l. pen. C. de her. inſtit.* Adhæc, ut probet teſtatorem poſſe pro parte tantum bonorum teſtatum decedere, & conſequenter prohibere, ne reliquum heredi teſtamentario accreſcat, adducit D. Bronchorſtius reſponſum Scævolæ in *l. ſi quis ita*. 82. *ff. de hered. inſtit.* Si quis, inquit ibi Scævola, ita heres inſtituatur, *ſi legitimus heres vindicare nolit hereditatem meam*, puto deficere conditionem teſtamenti illo vindicante. An igitur deficiente teſtamenti conditione, & herede legitimo hereditatem vindicante, nihilominus inſtitutus pro parte ex teſtamento heres erit? Quis unquam tala audivit? Somnum obrepſiſſe clariſſimo viro, cum hæc ſcriberet, diceres, adeo plena eſt tota illa aſſertio *παρερμηνειῶν*. Poſtremo & in eo inſignis error eſt, quod ſententiam ſuam exiſtimat ſtabiliri per *l. dominus*. 57. §. 1. *ff. de uſufr.* ubi talis ſpecies à Papiniano proponitur: Teſtator libertis ſuis fructum prædiorum ob alimenta per fideicommiſſum reliquit: deinde heres ſcriptus diſtributione pro rata facta ex fructibus prædiorum libertis alimenta aliquamdiu præſtitit: mox unus ex libertis alimentariis ſeu fructuariis ob alimenta vita deceſſit: quæritur utrum partis ejus emolumentum accreſcat cæteris collegatariis ſive confideicommiſſariis, an vero

vero ad heredem revertatur? Et ait Papinianus, partium emolumentum ex perſona vita decedentium ad heredem proprietatis dominum recurrere. Cujus reſponſi ratio non eſt obſcura. Nam cum fructum ſingulis ad alimenta duntaxat præſtari teſtator voluerit, inde apparet, non plus quenquam eorum habere voluiſſe, quam quo vitam ſuam toleraret: eamque ob cauſam portio unius deficiens cæteris non debet accreſcere, quibus affatim ſuppetit, quo ſe exhibeant. Ubi autem hic duo heredes diverſo jure ſuccedentes, alter ex teſtamento, alter ab inteſtato? Nec vero hic diſputamus de legatariis aut fideicommiſſariis ejuſdem rei, inter quos ut accreſcendi jus non niſi ex voluntate defuncti locum habet, ita & prohiberi à teſtatore poteſt ſine offenſa ſuperioris regulæ, cum pars deficientis apud heredem maneat. Atque hæc etiam ratio eſt, cur idem illud jus ceſſet in legatis alimentorum; nempe quia teſtator intelligitur noluiſſe hic quicquam accreſcere. Sicut enim in agris limitatis locus non eſt juri alluvionis, propterea quod in his certis limitibus & finibus jus poſſeſſoris circumſcriptum eſt. *l. in agris. 16. ff. de acq. rer. dom.* ita & in uſufructu limitato ad finem alimentorum ceſſat jus accreſcendi, quod cum alluvione comparatur. *l. ſi Titio. 33. in fin. ff. de uſufr. ceſſat. d. l. dominus. 57. §. 1. ff. eod. l. alimenta. 16. §. 2. ff. de alim. legat.*

Etſi autem communis hæc ſententia rationi juris magis convenit, quam prior illa Bartoli aut Bronchorſtii: eſt tamen & media quadam, quam proponit & tuetur Salicetus in *l. pen. C. de hered. inſtit.* & à qua non abhorret doctiſſimus Bachovius: nimirum prohibitionem ſupra dictam non efficere quidem, quominus heres ſcriptus vi & poteſtate juris ex aſſe heres fiat: cæterum hanc ejus vim eſſe, ut heres ille ex certa parte aut re ſcriptus reſiduum vel partes reliquas, quas accreſcere teſtator noluit, tan-

quam

quam ex fideicommiſſo teneatur reſtituere iis qui ab inteſtato ad hereditatem ejus venturi fuiſſent, ducto argumento à ſimili, quale proponitur in *l. ſi quis.*29. *ff. ad ſenat. Trebell.* & §. 3. *Inſt. quib. mod. teſt. infirm.* item in *l. ex facto.* 17. *pr. ff. ad ſenat. Trebell.* & fac. *l. peto.* 69. *in fin. pr. ff. de legat.* 2. Atque hæc ſententia mihi quoque non diſplicet: imo magis placet, quam ſuperior illa communis, quoniam favet voluntati morientium ſalva ratione juris. Et huc accommodari poteſt clauſula in *d. l. quotiens.* 9. §. *ſi duo.* 13. *ff. de hered. inſtit.* de qua ſupra. Excogitavit & Viglius noſter mediam ſententiam: ſed ille dum ſervare cupit voluntatem defuncti, manifeſte facit adverſus rationem juris, comminiſcendo tacitam legitimorum heredum in partibus, quas teſtator ſcriptum heredem habere noluit, inſtitutionem: qualis inſtitutio jure noſtro incognita eſt. Quod cum nec ipſe Viglius diſſimulet, perſuaſum habeo, eum quoque omnino & ſine cunctatione in Saliceti opinionem tranſiturum fuiſſe, ſi quis modo eam propoſuiſſet. In Belgio generali conſuetudine paſſim receptum eſt, ut unicuique liceat partim teſtato partim inteſtato decedere contra diſpoſitionem juris Romani. *Grot.* 2. *introduct. c.* 18. *Gudelin.* 2. *de jur. noviſſ. cap.* 5. *Chriſtin. vol.* 1. *deciſ.* 51. *&* *deciſ.* 312. *& vol.* 4. *deciſ.* 10. An autem per hoc quoque cenſeri debeat in totum abolitum eſſe jus accreſcendi, hic non diſputo. Vid. *Chriſtin. d. deciſ.* 51. *Gudelin. d. cap.* 5. *Groenew. tract. de legib. abrog. ad* §. *hereditas.* 5. *Inſt. d. hered. inſtit.*

Cap. XXIII.

Quando conditio ſubſtitutionis vulgaris filio ſuo heredi à patre facta extitiſſe intelligatur, ut ſubſtituto fiat locus? & an jus ſuitatis per hujuſmodi ſubſtitutionem tollatur?

Conditio hæc vulgaris ſubſtitutionis, *Si heres non erit*, qui caſus primus dicitur, pro diverſa qualitate heredum & perſonæ inſtituti diverſimode accipitur. In extraneo herede qui ſui juris ſit, hoc ſignificat, ſi neque ſibi hereditatem acquiſierit, neque alium mutata conditione heredem fecerit. In ejuſdem qualitatis herede qui alieno juri ſubjectus eſt, eodem ſermone hoc ſignificatur, ſi neque ipſe heres erit, neque hereditatem ei, cujus in poteſtate eſt, acquiſierit. *l. ſi paterfam.* 40. *ff. de hered. inſtit.* In ſuo herede eadem formula citra controverſiam hoc ſignificat, ſi heres eſſe non poterit, quod fit ſi ante patrem teſtatorem vita decedat; tunc enim, niſi liberos reliquerit, qui quaſi agnaſcendo teſtamentum rumpant, ſemper locus eſt ſubſtituto. Cæterum putamus eadem formula & hoc ſignificari, ſi ſe paterna hereditate abſtineat, ſi cum effectu ex teſtamento heres non extiterit, eo quod bonis paternis ſe immiſcere noluit. Nam etſi ſuus heres ipſo jure heres exiſtat, citra ullum vel ſuum vel alterius factum, ſine aditione, ſine cretione, ſine geſtione pro herede. §.3. *Inſt. de hered. quæ ab inteſt. defer. l. in ſuis.* 14. *ff. de ſuis & leg. her.* & ideo non eſſe ſine herede dicatur, qui ſuum heredem, licet ſe abſtinentem habet. *l. cum quaſi.* 30. § *ſed & ſi.* 10. *ff. de fideic. libert.* quæ res etiam ſua habet effecta circa confirmationem tabularum pupillarium, libertatum dationes, &c. *l.* 12. *ff. de vulg. & pup. ſubſt. l. filius.* 41. *& l. ſeq. l. ult. de acq. hered. l. paterfam.* 28. *ff. de reb. auct. jud. poſſ.* Tamen cum de excludendo

ſub-

ſubſtituto quæritur, & vi atque interpretatione horum verborum; *Si filius mihi heres non erit*, ex mente & voluntate ſubſtituentis, quam jus civile hic ſequitur atque approbat, non ἀνάφανσις ſeu nuda iſta exiſtentia, ut male Theophilus exiſtimavit; ſed immiſtio filii cum aditione heredis extranei comparanda eſt, & ſubſtitutum filius excludet, non cum nudo nomine tenus, ſed reipſa & cum effectu heres factus eſt. Sic Juriſconſulti in *l. non ſolum.* 67. *ff. de rit. nupt. l. ſi poſt.* 68. *ff. de legat.* 1. aperte negant filium, qui abſtinuit, patri heredem extitiſſe: nec prætor hunc heredis loco habet. *l. ſi filius.* 12. *ff. de interrog. in jur.* Et alioqui ſi nullo modo efficere filius poſſit, ut non ſit heres, fruſtra ei ſubſtitutus daretur in eum caſum, quo heres non erit, quo proculdubio continetur etiam caſus, quo non vult heres eſſe. Enimvero ſi filius patri ſuperſtes deceſſerit non declarata voluntate ſuper immixtione aut abſtentione, hic excludetur ſubſtitutus propter tranſmiſſionem hereditatis ipſo jure quæſitæ nec derelictæ, aut repudiatæ. *l. Lucius.* 45. *ff. de vulg. & pupill. l.* 3. *C. de jur. delib. junct. l. un.* §. 5. *&* §. *cum autem.* 13. *C. de caduc. tollend.* Porro ex his apparet verum non eſſe quod plerique tradiderunt, quos ſequitur *Fachin.* 4. *controv.* 71. filium, qui vulgarem ſubſtitutum à patre accepit, deſinere eſſe ſuum heredem. Illud quidem recte dicitur, & omnino dicendum videtur, ſuum heredem, qui in caſum vulgarem ſubſtitutum accepit, ex neceſſario herede fieri voluntarium, & id quidem ex ratione ipſius juris civilis, quo ſcilicet patri permiſſum, neceſſitatem iſtam, ut in ſuum ſolius favorem introductam remittere, & quam etiam tacite remiſiſſe intelligatur dato filio vulgari ſubſtituto, ut quod alias filius non habuiſſet, niſi jure prætorio, abſtinendi nimirum licentiam, id nunc habeat jure proprio acceptum à patre, ac proinde ex jure civili,

per

per *l. verba. 22. ff. de cond. inſtit. l. 4. pr. l. jam dubitari. 86. ff. de hered. inſtit.* Sed nullo modo admitti poteſt, quod Doctores vulgo contendunt, per ſubſtitutionem vulgarem in totum tolli jus ſuitatis. Licet enim ſuitati cohæreat & in perſona ſui heredis annexa ſit neceſſitas, eſt tamen diverſa qualitas à ſuitate; atque hac ſalva, aut tantum vulnerata illa tolli poteſt, quod omnino conſiderandum eſt. In ſervis eſt neceſſitas, ſuitas non eſt. Ex eo quod quis ſuus eſt, ipſo jure heres fit, bonaque paterna propter continuationem dominii penes eum remanent: ex eo quod neceſſarius, ea retinere cogitur, & creditoribus paternis, velit nolit, reſpondere. *l. neceſſariis. 57. ff. de acq. hered.* quanquam etiam hic ſuum confert ſuitas. In ſuitate magis jus & commodum liberorum, in neceſſitate ſolius patris vertitur, cui ob id liberum fuit neceſſitatem hanc remittere, atque ex neceſſario herede facere voluntarium. *l. 12. ff. de cond. inſtit.* Neque unquam pater dicitur ſuum ſibi heredem facere, ſed bene neceſſarium: & cum impuberi filio fratrem neceſſarium heredem facit, ſuum tamen heredem non facit, ut recte Goveanus in *l. 2. §. ſed ſi quis. 5. n. 35.* contra Bartolum. Nihil autem plane pro communi ſententia facit *l. ſi filius. 16. ff. de lib. & poſthum.* Neque enim in caſu illic propoſito ſubſtitutio vulgaris facta filio efficit, ut filius ſuus heres eſſe deſinat, ut male colligit Bartolus; ſed hoc, ut filius interim decedens prætérito poſthumo non poſſit videri heres fuiſſe ab inteſtato, quoniam ſubſtitutus teſtamentum ſuſtinet, nec ex eo filius heres exiſtere potuit, quia jus ejus adhuc pendebat propter incertum eventum poſthumi naſcituri, de quo fuſe *Anton. Fab. dec. 32. err. 8.* Similiter cum prætor liberis neceſſariis heredibus poteſtatem facit abſtinendi hereditate, eoſque liberat ab oneribus hereditariis, ſi velint hereditatem derelinquere. *§. 2. Inſt. de her. qual. & diff. d. l. 57. ff. de acq. hered.*

S

Digitized by Google

net firmum, ſed oppugnari & expugnari poteſt. At, inquiunt, exheredati ſine elogio non poſſunt cauſa cadere: fruſtra autem datur actio, in qua non poteſt actor ſuccumbere. Mira ratio. Ergo fruſtra eſt, quod actio de inoffizioſo datur poſthumis exheredatis. §. 2. *Inſt. de inoff. teſt.* item liberis omnibus exheredatis non addito in genere, quod ingrati fuerint; quia non poſſunt non vincere. *l. omnimodo.* 30. *C. eod. tit.* Conſiderare debuerant non fruſtra eſſe quod leges teſtamentum ſubſiſtere volunt, ut ſaltem iis caſibus, quos modo memoravi, incidentibus, voluntas defuncti conſervetur & exitum habeat.

CAP. XXII.

An jus accreſcendi in hereditatibus cum aliquo effectu à teſtatore prohiberi queat?

QUando unus tantum heres ſcriptus eſt, licet ex certa parte hereditatis, puta quadrante, triente, &c. is perinde ac ſi ex toto aſſe inſtitutus eſſet, omnium bonorum hereditatem conſequitur. §. *hereditas.* 5. *Inſt. de hered. inſtit.* Hoc autem magis eſt ex ſubtilitate juris propter regulam, quia nemini partim teſtato, partim inteſtato decedere permittitur. *d.* § *hereditas.* quam ex voluntate defuncti, quæ ejuſmodi interpretationem vix admittit, ubi unus tantum ex parte aliqua heres ſcriptus eſt. Quod ſi, verbi cauſa, tres, ſinguli ex uncia ſcripti ſint, aut duo ex duabus partibus, tertius ex parte tertia, commodiſſime dicitur arbitraria diſtributione teſtatorem uſum, atque in tres partes æquales univerſam hereditatem diviſiſſe. Quod ſecus eſt, ſi unus tantum inſtitutus proponatur in quadrante, ſive quarta hereditatis parte. Quamobrem licet illo caſu propter libertatem diſtribuendi, & communem voluntatem idem obtineat in teſtamento militis, quod

in

in teſtamento paganorum. *l.* 3. *C. de teſtam. mil.* hoc tamen caſu diverſum jus eſt, propter d. regulam, quæ non militum, ſed paganorum poteſtatem coërcet; atque uno tantum herede in certa aſſis parte à pagano inſtituto, pars hæc reliquas ad ſe trahit; à milite ſi idem factum ſit, reſiduum heredes ab inteſtato ferunt. *l. quærebatur.* 19. *ff. de teſtam. milit.* quod & in Græcis Inſtitutionibus diſerte expreſſit Theophilus. Sed & ſi quis inſtitutus fuerit, non ex parte hereditatis, ſed ex re certa, puta ex fundo Tuſculano, valet inſtitutio detracta rei mentione. *l.* 1. §. *ſi ex.* 4. *l. quoties.* 9. §. *ſi duo.* 13. *ff. de hered. inſt.* niſi ei coheres indefinite aut ex parte aſſis datus ſit: tunc enim legatarii loco habetur. *l. coheredi.* 41. §. *ult. de vulg. & pup. l. pen. C. de hered. inſtit.*

Verum & hoc ipſum ex ſubtilitate juris eſt, atque ex vi ſuperioris regulæ, ac proinde ad militaria teſtamenta non pertinet: nam ſi miles unum ex fundo heredem ſcripſerit, creditur, quantum ad reſiduum patrimonium inteſtatus deceſſiſſe. *l.* 6. *ff. de teſtam. milit.* Igitur jus noſtrum, ut inquit Pomponius *l.* 7. *ff. de reg. jur.* non patitur eundem in paganis teſtato & inteſtato decedere: quaſi hæc duo, teſtatus & inteſtatus, inter ſe naturaliter pugnent, tanquam aientia & negantia, & ideo eidem ſubjecto ineſſe, aut de eodem ſubjecto pronuntiari non poſſint, ex regula logicorum de oppoſitione. Et quidem ſine manifeſta & naturali rerum pugna dici non poteſt unum atque eundem in totum aut ſecundum eandem partem & teſtatum & inteſtatum deceſſiſſe: at non prohibet lex oppoſitionis, quominus dicamus eundem teſtatum & inteſtatum deceſſiſſe, non ſecundum idem, ſed ſecundum partes diverſas. Cæterum ut hic quoque pugna ſit, efficit ſubtilitas juris civilis, qua fingitur heres repræſentare & ſuſtinere perſonam defuncti: quæ repræſentatio ut eſt totius perſonæ, ita & totalis, at-

que

que ut eſt unius, ita & uniformis eſſe debet: hoc eſt, ut defunctus pro parte repræſentari non debet, ita nec debet per heredes diverſi generis partim ex teſtamento, partim ab inteſtato: ſed quiſquis heres eſt, debet in totum ſubire locum & vicem demortui, eumque repræſentare uno ac ſimplici repræſentationis genere, & vel in totum ex teſtamento, vel in totum ab inteſtato. Eoque pertinet, quod ſcribit M. Tullius *lib. 2. de invent.* unius pecuniæ diſſimilibus de cauſis heredes eſſe non poſſe: nec unquam factum eſſe, ut ejuſdem pecuniæ alius teſtamento, alius lege heres eſſet. Rationem hujus rei hanc affert Gomez *lib. 2. var. reſol. c. 3.* quod abſurdum ſit per qualitates contrarias, quæ in uno & eodem homine natura eſſe non poſſunt, unum & eundem per fictionem, quæ naturam imitatur, repræſentari. Putarem ego *naturaliter* in *d. l. 7. ff. de reg. jur.* poſitum eſſe pro eo quod recepti paſſim moris erat; ut & alibi interdum *l. in cauſa. 16. §. idem Pomponius. 4. ff. de minor. l. item ſi. 22. §. 1. ff. locat.* Nam regula iſta è ſolis Romanorum moribus pendet, neque apud alios populos locum habet, ac ne apud Romanos quidem in teſtamento militis: unde ſatis liquet eam non niti aliqua naturali ratione.

Ex hac porro regula deſcendit jus accreſcendi inter plures heredes teſtamentarios, videlicet ut uno deficiente pars ejus accreſcat cæteris, qui heredes extiterunt. *l. liber homo. §. 3. l. ſi ita quis. 66. ff. de hered. inſtit. l. un. §. his ita. 10. C. de caduc. toll.* quanquam non ex cauſa proxima aut adæquata. Valet enim hoc jus etiam in hereditatibus legitimis. *l. ſi ex pluribus. 9. ff. de ſuis & legit. hered.* & valet utrobique ex neceſſitate. Neceſſitas naſcitur ex duobus principiis juris: quorum primum eſt, Neminem hereditatis ſibi delatæ partem ſemel quæſitam repudiare poſſe. *l. 4. C. de repud. her.* alterum, Neminem ejuſdem hereditatis, quæ alium heredem

non

non habet, partem habere poſſe, partem repudiare. *l.* 1. *l.* 2. *ff. de acq. her. d. l. un.* §. *his. ita.* 10. *C. de cad. toll.* Et igitur, qui ex aliqua parte heres extitit, ſive ex teſtamento ſive ab inteſtato, ei etiam invito & ignoranti deficientium portiones accreſcunt. *l. heredi.* 31. *l. ſi duo.* 38. *l. qui ex duobus.* 53. §. 1. *ff. de acq. hered. d. l.* 9. *ff. de ſuis & leg. her.* & accreſcunt ſemper cum onere, æris videlicet alieni & legatorum. *d. l. un.* §. *his ita. C. de cad. toll.* Si plures ſint, qui portionem ſuam agnoverunt, defectæ partes accreſcunt omnibus qui agnoverint, ſi omnes conjuncti aut disjuncti ſint: ſin promiſcue conjunctim disjunctimque inſtituti, aut ab inteſtato vocati, deficientis disjuncti portio omnibus, conjuncti ſolis conjunctis accreſcit ex tacita voluntate teſtatoris aut legis. Accreſcit vero ſingulis non ex æquo, ſed pro portionibus hereditariis: & in diſtributione ſi permiſtim inſtituti ſint disjuncti & conjuncti, placet conjunctos unius perſonæ poteſtate fungi, ut non plus univerſi conſequantur, quam disjunctorum ſinguli. *d. l. un.* §. *his ita.* 10. *C. de cad. toll. l. heredes.* 63. *ff. de her. inſtit.* eademque ratio eſt & heredum legitimorum, cum alii conjunctim ſeu nomine collectivo, alii ſeparatim vocantur; quod fit, cum quidam in ſtirpes, alii in capita veniunt, ut filii & nepotes, fratres & fratrum filii. Valet id jus & in legatis inter collegatarios ejuſdem rei: verum ratione & effectu nonnihil diſſimili. Etenim in legatis locum non habet ex neceſſitate aliqua aut diſpoſitione juris, ſed ex ſola præſumpta voluntate teſtatoris eandem rem pluribus legantis: quippe quos ſingulos partem quidem habere velle intelligitur & legatum ſcindi, ſi concurrant; ſi vero non concurrant, ſolidum poſtpoſito herede. §. *ſi eadem.* 8. *inſt. de legat. l. un.* §. *ubi autem.* 11. *C. de caduc. toll.* ac proinde & prohiberi inter legatarios ejuſdem rei accretio poteſt, & ſi ſingulis ſingulæ res legatæ, uno defi-

deficiente portio ejus in hereditate manet. *l. hujuſmodi.* 84. §. *pen. ff. de legat.* 1. & cum deficientis coheredis portionem coheres invitus & cum onere ſemper accipiat, collegatarius portionem collegatarii nec invitus plerumque accipit, & interdum ſine onere. *d. l. un.* § *his ita.* 10. *& ſeq. C. de caduc. toll.*

Igitur, ut diximus, ſi quis ſolus ex certa parte hereditatis aut ex certa re inſtitutus ſit, is nihilominus in integrum aſſem poteſtate juris vocatur. Sed quid ſi teſtator adſcripſerit, nolle ſe ut heres ſcriptus reliquas partes ferat, & jus accreſcendi expreſſe prohibuerit? Et quidem, quemadmodum nemo ſine obſervatione legum teſtamentum condere poteſt, ita nemo quoque in ſuo teſtamento poteſt cavere, ne leges in eo locum habeant. *l. nemo poteſt.* 55. *ff. de legat.* 1. ut illud omnino manifeſtum ſit, teſtatorem nulla cautione efficere poſſe, ut contra regulas juris civilis diſpariliter ei ſuccedatur, & ex teſtamento & ab inteſtato. Alterutrum ergo dicamus neceſſe eſt, vel cum Bartolo totum teſtamentum ob eam prohibitionem collabi: utique tamen heredes ab inteſtato teneri quaſi ex fideicommiſſo partem teſtamento expreſſam reſtituere heredi ſcripto: vid. *Comez.* 1. *reſol.* 10. *n.* 10. *& ſeq.* vel rato manente teſtamento prohibitionem inſuper habendam, reſiduaſque partes, quantumvis vetante teſtatore, accreſcere heredi inſtituto: quæ ſententia, ut ex iis quæ jam dicta ſunt, patet, juri magis eſt conſentanea; & numero etiam ſuffragiorum vincit, teſtib. *Vig. ad d.* §. 5. *Clar.* §. *teſtamentum. q.* 74. *Chriſtin. vol.* 4. *deciſ.* 11. Levia autem valde ſunt, quæ huic ſententiæ objiciuntur, & præſertim à D. Bronchorſtio *lib.* 2. *miſc. contr. aſſert.* 14. quale primum illud eſt quod Ulpianus in *l. quoties.* 9. §. *ſi duo.* 13. *ff. de hered. inſtit.* ſcribit, inſtitutos ex certis rebus, quaſi ſimpliciter inſtituti ſint, hereditate potiri, niſi voluntas patrisfam. manifeſtiſſime refragetur: unde

ſic

Digitized by Google

ſic ex contrario recte colligi putat, ſi paterfam. expreſſe voluit eos contentos eſſe iis rebus aut partibus, ex quibus inſtituti ſunt, atque nominatim prohibuerit, ne reliqua bona iis accreſcant, eo caſu pro parte teſtatum decedere, neque ad hunc caſum ſuperiorem regulam pertinere. Vitioſa enim hæc collectio & prava hujus loci interpretatio eſt: quippe Juriſconſultus his verbis, *ſi modo voluntas patrisfam. manifeſtiſſime non refragatur*, non hoc ſignificat ſi teſtator prohibuerit reliquam portionem accreſcere inſtitutis, eam relinquendam eſſe heredibus legitimis; atque ita contra quam juris ratio patitur, eundem & teſtato & inteſtato poſſe decedere: ſed longe alia iſtius clauſulæ ſententia eſt, nempe quod ſcripti ex inæqualibus partibus certæ rei, qui alioqui ex ratione juris ex æquis partibus heredes forent, perinde ac ſi nec res nec partes eſſent nominatæ, in manifeſta teſtatoris voluntate heredes ex inæqualibus partibus fiant, atque ex iis proportionaliter, quas in rebus certis expreſſit, veluti in ſpecie ab Ulpiano propoſita unus ex triente, alter ex beſſe, quæ partes nominantur in fundo. Atque inducetur hæc inæqualitas non tam ipſo jure, quam officio arbitri familiæ erciſcundæ. *l. ex facto.* 35. *ff. de hered. inſtit.* Putat præterea D. Bronchorſtius ſatis probari poſſe teſtatorem, cum hoc aperte voluit, pro parte teſtato decedere, & ſic cavere, ne reſiduum heredi inſtituto accreſcat, per *l. peto.* 69. *pr. verſ. idem dicemus. ff. de leg.* 2. Proponitur ibi heres ex aſſe ſcriptus his verbis à teſtatore rogatus: *Peto pro hereditate, quam tibi reliqui, quæ ad fratrem meum jure legitimo rediret, contentus ſis centum aureis*: & ait Papinianus tale fideicommiſſum valere. Ergo, inquit Bronchorſtius, legitimi heredes hic in reſiduo ab inteſtato ſuccedunt. Hoc, inquam ego, levius primo eſt, & aperte falſum. Nam cum heres inſtitutus retenta vel deducta certa re aut ſumma roga-

Digitized by Google

tus eſt hereditatem reſtituere, aut quod vi ipſa idem eſt, certa ſumma contentus eſſe ejus, qui teſtamento non facto legitimus heres futurus eſſet, gratia, ut in ſpecie propoſita, non duo diverſi generis heredes hic defuncto ſuccedunt, unus ex teſtamento, alter ab inteſtato; ſed uterque ex teſtamento, alter directe, alter oblique ſeu ex fideicommiſſo. Atque hoc caſu heres fiduciarius reſtituta hereditate inſtar legatarii eſt, & vi ipſa legatarius: fideicommiſſarius ſolus heredis locum obtinet, actioneſque hereditarias ſolus & exercet, & excipit. §. *ſi quis una.* 9. *Inſt. de fideic. hered. l. ſi legatus.* 30. §. 3. *ff. ad ſenat. Trebell. l. pen. C. de her. inſtit.* Adhæc, ut probet teſtatorem poſſe pro parte tantum bonorum teſtatum decedere, & conſequenter prohibere, ne reliquum heredi teſtamentario accreſcat, adducit D. Bronchorſtius reſponſum Scævolæ in *l. ſi quis ita.* 82. *ff. de hered. inſtit.* Si quis, inquit ibi Scævola, ita heres inſtituatur, *ſi legitimus heres vindicare nolit hereditatem meam*, puto deficere conditionem teſtamenti illo vindicante. An igitur deficiente teſtamenti conditione, & herede legitimo hereditatem vindicante, nihilominus inſtitutus pro parte ex teſtamento heres erit? Quis unquam tala audivit? Somnum obrepſiſſe clariſſimo viro, cum hæc ſcriberet, diceres, adeo plena eſt tota illa aſſertio παρεσφαλμένων. Poſtremo & in eo inſignis error eſt, quod ſententiam ſuam exiſtimat ſtabiliri per *l. dominus.* 57. §. 1. *ff. de uſufr.* ubi talis ſpecies à Papiniano proponitur: Teſtator libertis ſuis fructum prædiorum ob alimenta per fideicommiſſum reliquit: deinde heres ſcriptus diſtributione pro rata facta ex fructibus prædiorum libertis alimenta aliquamdiu præſtitit: mox unus ex libertis alimentariis ſeu fructuariis ob alimenta vita deceſſit: quæritur utrum partis ejus emolumentum accreſcat cæteris collegatariis ſive confideicommiſſariis, an

vero

vero ad heredem revertatur? Et ait Papinianus, partium emolumentum ex perſona vita decedentium ad heredem proprietatis dominum recurrere. Cujus reſponſi ratio non eſt obſcura. Nam cum fructum ſingulis ad alimenta duntaxat præſtari teſtator voluerit, inde apparet, non plus quenquam eorum habere voluiſſe, quam quo vitam ſuam toleraret: eamque ob cauſam portio unius deficiens cæteris non debet accreſcere, quibus affatim ſuppetit, quo ſe exhibeant. Ubi autem hic duo heredes diverſo jure ſuccedentes, alter ex teſtamento, alter ab inteſtato? Nec vero hic diſputamus de legatariis aut fideicommiſſariis ejuſdem rei, inter quos ut accreſcendi jus non niſi ex voluntate defuncti locum habet, ita & prohiberi à teſtatore poteſt ſine offenſa ſuperioris regulæ, cum pars deficientis apud heredem maneat. Atque hæc etiam ratio eſt, cur idem illud jus ceſſet in legatis alimentorum; nempe quia teſtator intelligitur noluiſſe hic quicquam accreſcere. Sicut enim in agris limitatis locus non eſt juri alluvionis, propterea quod in his certis limitibus & finibus jus poſſeſſoris circumſcriptum eſt. *l. in agris.* 16. *ff. de acq. rer. dom.* ita & in uſufructu limitato ad finem alimentorum ceſſat jus accreſcendi, quod cum alluvione comparatur. *l. ſi Titio.* 33. *in fin. ff. de uſufr. ceſſat. d. l. dominus.* 57. §. 1. *ff. eod. l. alimenta.* 16. §. 2. *ff. de alim. legat.*

Etſi autem communis hæc ſententia rationi juris magis convenit, quam prior illa Bartoli aut Bronchorſtii: eſt tamen & media quædam, quam proponit & tuetur Salicetus in *l. pen. C. de hered. inſtit.* & à qua non abhorret doctiſſimus Bachovius: nimirum prohibitionem ſupra dictam non efficere quidem, quominus heres ſcriptus vi & poteſtate juris ex aſſe heres fiat: cæterum hanc ejus vim eſſe, ut heres ille ex certa parte aut re ſcriptus reſiduum vel partes reliquas, quas accreſcere teſtator noluit, tan-

quam

quam ex fideicommiſſo teneatur reſtituere iis qui ab inteſtato ad hereditatem ejus venturi fuiſſent, ducto argumento à ſimili, quale proponitur in *l. ſi quis.*29. *ff. ad ſenat. Trebell.* & §. 3. *Inſt. quib. mod. teſt. infirm.* item in *l. ex facto.* 17. *pr. ff. ad ſenat. Trebell.* & fac. *l. peto.* 69. *in fin. pr. ff. de legat.* 2. Atque hæc ſententia mihi quoque non diſplicet: imo magis placet, quam ſuperior illa communis, quoniam favet voluntati morientium ſalva ratione juris. Et huc accommodari poteſt clauſula in *d. l. quotiens.* 9. §. *ſi duo.* 13. *ff. de hered. inſtit.* de qua ſupra. Excogitavit & Viglius noſter mediam ſententiam: ſed ille dum ſervare cupit voluntatem defuncti, manifeſte facit adverſus rationem juris, comminiſcendo tacitam legitimorum heredum in partibus, quas teſtator ſcriptum heredem habere noluit, inſtitutionem: qualis inſtitutio jure noſtro incognita eſt. Quod cum nec ipſe Viglius diſſimulet, perſuaſum habeo, eum quoque omnino & ſine cunctatione in Saliceti opinionem tranſiturum fuiſſe, ſi quis modo eam propoſuiſſet. In Belgio generali conſuetudine paſſim receptum eſt, ut unicuique liceat partim teſtato partim inteſtato decedere contra diſpoſitionem juris Romani. *Grot.* 2. *introduct. c.* 18. *Gudelin.* 2. *de jur. noviſſ. cap.* 5. *Chriſtin. vol.* 1. *deciſ.* 51. *& deciſ.* 312. *& vol.* 4. *deciſ.* 10. An autem per hoc quoque cenſeri debeat in totum abolitum eſſe jus accreſcendi, hic non diſputo. Vid. *Chriſtin. d. deciſ.* 51. *Gudelin. d. cap.* 5. *Groenew. tract. de legib. abrog. ad* §. *hereditas.* 5. *Inſt. d. hered. inſtit.*

CAP.

CAP. XXIII.

Quando conditio ſubſtitutionis vulgaris filio ſuo heredi à patre facta extitiſſe intelligatur, ut ſubſtituto fiat locus? & an jus ſuitatis per hujuſmodi ſubſtitutionem tollatur?

Conditio hæc vulgaris ſubſtitutionis, *Si heres non erit*, qui caſus primus dicitur, pro diverſa qualitate heredum & perſonæ inſtituti diverſimode accipitur. In extraneo herede qui ſui juris ſit, hoc ſignificat, ſi neque ſibi hereditatem acquiſierit, neque alium murata conditione heredem fecerit. In ejuſdem qualitatis herede qui alieno juri ſubjectus eſt, eodem ſermone hoc ſignificatur, ſi neque ipſe heres erit, neque hereditatem ei, cujus in poteſtate eſt, acquiſierit. *l. ſi paterfam.* 40. *ff. de hered. inſtit.* In ſuo herede eadem formula citra controverſiam hoc ſignificat, ſi heres eſſe non poterit, quod fit ſi ante patrem teſtatorem vita decedat; tunc enim, niſi liberos reliquerit, qui quaſi agnaſcendo teſtamentum rumpant, ſemper locus eſt ſubſtituto. Cæterum putamus eadem formula & hoc ſignificari, ſi ſe paterna hereditate abſtineat, ſi cum effectu ex teſtamento heres non extiterit, eo quod bonis paternis ſe immiſcere noluit. Nam etſi ſuus heres ipſo jure heres exiſtat, citra ullum vel ſuum vel alterius factum, ſine aditione, ſine cretione, ſine geſtione pro herede. §. 3. *Inſt. de hered. quæ ab inteſt. defer. l. in ſuis.* 14. *ff. de ſuis & leg. her.* & ideo non eſſe ſine herede dicatur, qui ſuum heredem, licet ſe abſtinentem habet. *l. cum quaſi.* 30. § *ſed & ſi.* 10. *ff. de fideic. libert.* quæ res etiam ſua habet effecta circa confirmationem tabularum pupillarium, libertatum dationes, &c. *l.* 12. *ff. de vulg. & pup. ſubſt. l. filius.* 41. *& l. ſeq. l. ult. de acq. hered. l. paterfam.* 28. *ff. de reb. auct. jud. poſſ.* Tamen cum de excludendo

ſub-

per *l. verba. 22. ff. de cond. inſtit. l. 4. pr. l. jam dubitari. 86. ff. de hered. inſtit.* Sed nullo modo admitti poteſt, quod Doctores vulgo contendunt, per ſubſtitutionem vulgarem in totum tolli jus ſuitatis. Licet enim ſuitati cohæreat & in perſona ſui heredis annexa ſit neceſſitas, eſt tamen diverſa qualitas à ſuitate; atque hac ſalva, aut tantum vulnerata illa tolli poteſt, quod omnino conſiderandum eſt. In ſervis eſt neceſſitas, ſuitas non eſt. Ex eo quod quis ſuus eſt, ipſo jure heres fit, bonaque paterna propter continuationem dominii penes eum remanent: ex eo quod neceſſarius, ea retinere cogitur, & creditoribus paternis, velit nolit, reſpondere. *l. neceſſariis. 57. ff. de acq. hered.* quanquam etiam hic ſuum confert ſuitas. In ſuitate magis jus & commodum liberorum, in neceſſitate ſolius patris vertitur, cui ob id liberum fuit neceſſitatem hanc remittere, atque ex neceſſario herede facere voluntarium. *l. 12. ff. de cond. inſtit.* Neque unquam pater dicitur ſuum ſibi heredem facere, ſed bene neceſſarium: & cum impuberi filio fratrem neceſſarium heredem facit, ſuum tamen heredem non facit, ut recte Goveanus in *l. 2. §. ſed ſi quis. 5. n. 35.* contra Bartolum. Nihil autem plane pro communi ſententia facit *l. ſi filius. 16. ff. de lib. & poſthum.* Neque enim in caſu illic propoſito ſubſtitutio vulgaris facta filio efficit, ut filius ſuus heres eſſe deſinat, ut male colligit Bartolus; ſed hoc, ut filius interim decedens præterito poſthumo non poſſit videri heres fuiſſe ab inteſtato, quoniam ſubſtitutus teſtamentum ſuſtinet, nec ex eo filius heres exiſtere potuit, quia jus ejus adhuc pendebat propter incertum eventum poſthumi naſcituri, de quo fuſe *Anton. Fab. dec. 32. err. 8.* Similiter cum prætor liberis neceſſariis heredibus poteſtatem facit abſtinendi hereditate, eoſque liberat ab oneribus hereditariis, ſi velint hereditatem derelinquere. *§. 2. Inſt. de her. qual. & diff. d. l. 57. ff. de acq. hered.*

red. neceſſitatem tantum tollit, non ſuitatem; ex neceſſariis heredibus facit voluntarios, non ex ſuis extraneos: quippe cui propoſitum non nocere liberis, ſed prodeſſe. *l.* 12. *ff. de vulg. & pup. ſubſt.* Itaque quemadmodum poſt datam à prætore ſuis & neceſſariis heredibus abſtinendi poteſtatem, nihilominus ſui heredes manent, ipſoque jure & ignorantes heredes fiunt, ac creditoribus paternis obligantur. §. 2. *Inſt. de her. qual.* §. 2. *Inſt. de her. quæ ab int. d. l.* 57. *de acq. her.* quamvis reſpectu beneficii prætorii, quo fit ut in eos actio non detur. *l.* 2. *ff. de cond. furt.* idem jus habere dicantur, quod futurum eſſet, ſi liberum arbitrium adeundæ hereditatis haberent. *l. nam nec.* 89. *ff. de legat.* 1. & conſequenter quemadmodum hic manet idem ſuitatis effectus, videlicet ut ſi filius deceſſerit, cum vel ignoraret patrem mortuum eſſe, vel ſciret quidem, ſed nondum declarata voluntate de retinenda aut de relinquenda patris hereditate, eam hereditatem, utpote ipſo jure ſibi jam quæſitam ad heredes quoſlibet tranſmittat. *l.* 3. *C. de jur. delib. l.* 7. §. 1. *ff. de acq. her. l.* 19. §. 3. *ff. de caſtr. pec. l.* 8. *C. de ſuis & leg. lib.* ita quoque dicendum eſt, filium, cui in eum caſum, quo heres non erit, ſubſtitutus à patre datus eſt, licet neceſſarius heres eſſe deſinat, idque ex ratione ipſius juris civilis, non tamen deſinere ſuum heredem eſſe, eumque ante immixtionem aut abſtentionem decedentem hereditatem ad quoſvis heredes tranſmittere excluſo ſubſtituto. Quod ſi per ſubſtitutionem vulgarem tolleretur jus ſuitatis, nec in pupillari ſubſtitutione expreſſa unquam ineſſe poſſet vulgaris, nec in vulgari expreſſa pupillaris, contra quam utimur. *l.* 4. *ff. de vulg. & pup. ſubſt.* denique & tranſmiſſio, quæ ſolius ſuitatis ante legem Theodoſii effectus erat, per vulgarem ſubſtitutionem eo tempore fuiſſet impedita: quæ omnia falſa ſunt, priora duo manifeſte, tertium *arg. l. un.* §. 5. & §. *cum autem.* 13. *C. de cad.*

toll.

Digitized by Google

toll. ubi Juſtinianus demum ſubſtitutum vult admitti, cum deſunt perſonæ, quæ hereditatem non aditam tranſmittunt ex lege Theodoſii, quæ unica eſt ſub *tit. C. de his qui ant. ap. tab. her. tranſm.* Nimirum jus tranſmittendi, quod ſoli antea ſui heredes & ſimpliciter habebant, etiam in caſu ſubſtituti Juſtinianus illic extendit ad perſonas lege Theodoſii comprehenſas. Inſignis itaque error eſt Joan. Deckheri, qui *lib. 1. diſſ. 14. n.* 43. ut communem opinionem tueatur, nimirum per ſubſtitutionem vulgarem jus ſuitatis omnimodo tolli, aſſerit ideo per vulgarem ſubſtitutionem ſuo heredi factam tolli jus tranſmiſſionis, quod ex jure ſuitatis eſt: quia ſuus heres inſtitutus non aliter ex teſtamento heres fit, quam ſi ſe immiſceat. Notiſſimi enim juris eſt, ſuos heredes tam ex teſtamento, quam ab inteſtato ſtatim & ipſo jure heredes exiſtere. §. 2. *Inſt. de hered. qual l. 1. §. 6. ff. ſi quis omiſſ. ca. teſt.* & clauſis adhuc tabulis. *l. 3. C. de jur. delib.* Concludendum igitur ſubſtitutionem vulgarem in ſuo herede non operari in caſum & ſpeciem impotentiæ, ſed in caſum noluntatis, ut loquuntur, & abſtinentiæ duntaxat; utique ſi filius patri ſupervixerit: nam ſi is vivo adhuc patre deceſſerit, nullis liberis relictis, qui ſuccedendo rumpant, dubium non eſt, quin ſubſtitutioni locus ſit. *Zaſ. tract. de ſubſtit. c. 1. in quart. effect. Gomez. 1. reſol. c. 3. n. 15. 16. & 24. Chriſtin. vol. 4. dec. 16. n. 4. D. Ioan. à Sande lib. 4 deciſ. Cur. Friſ. tit. 3. defin. 1.* ubi plures allegat: & optime *Bachov. ad Trentl. vol. 2. Diſp. 11. theſ. 7.* Illud quoque mihi perſuadeo, ut hoc obiter addam, abſtinente filio ſuo herede: quo caſu ſubſtitutum admitti ſupra diximus, ſubſtitutum heredem fieri jure civili, hoc eſt, directo ex ſubſtitutione venire, & hereditatem adire poſſe ex vi formulæ, *Si filius mihi heres non erit, Sempronius heres eſto:* quamvis Ant. Faber *decad. 32. err. 7.* contendat non ipſo jure

ſubſtitutum hoc caſu heredem fieri, ſed à prætore tantum ab bona admitti. Etenim ſuus heres ſe abſtinens, tantum ſecundum quædam heres adhuc manet, ſecundum alia ſauciatur & enervatur ſuitas, ut in propoſito: ubi & leges ipſæ ſe quodammodo accommodant voluntati patris. Nec dubito, quin filio abſtinente, veri heredes ſint, qui ab inteſtato veniunt. Sed hoc ἐν παρόδῳ.

CAPUT XXIV.

An quemadmodum, quod explorati juris eſt, ſub expreſſa ſubſtitutione vulgari facta filio impuberi continetur & pupillaris, ita ex converſo ſub expreſſa pupillari etiam contineatur vulgaris?

OLim qui ſibi & liberis ſuis impuberibus in utrumque caſum proſpectum vellent, ex conſilio prudentum, ut credibile eſt, disjunctiva hac & gemella ſubſtitutionis formula, quam Modeſtinus in *l.* 1. §. 1. *ff. de vulg. & pup. ſubſt.* duplicem appellat, uſi fuerunt, *Si filius mihi heres non erit, ſive erit, & intra pubertatem deceſſerit*, &c. propterea quod vel ex plurium ſententia, ſubſtitutio vim ſuam non exerebat ultra caſum expreſſum, vel quod ob diverſitatem ſententiarum rerumque judicatarum id incerti adhuc juris erat. Poſtea autem Impp. Marci & Veri conſtitutione introductum, ut ſi pater impuberi filio in alterum caſum ſubſtituiſſet, in utrumque caſum ſubſtituiſſe intelligeretur; ſive filius heres non extiterit, ſive extiterit & impubes deceſſerit. *l.* 4. *pr. ff. de vulg. & pup. ſubſtit.* Quod jus & ad compendioſam duorum impuberum ſubſtitutionem hoc communi verbo, *eoſque invicem ſubſtituo*, factam, tractum eſt. *d. l.* 4. §. 1. Et quidem extra controverſiam poſitum eſt, vulgaris ſubſtitutionis caſu expreſſo contineri etiam caſum pupillaris;

Digitized by Google

ris; veluti ſi pater impuberi filio heredi inſtituto ita ſubſtituat, *Si filius heres non erit, Titius heres eſto:* hic enim, ut inter omnes convenit, etiam in alterum hunc caſum, *Si filius heres erit, & impubes deceſſerit*, Titius ſubſtitutus intelligitur; niſi voluntas teſtatoris aperte refragetur. *d. l. 4. in fin. ff. & l. 4. C. eod.* Quod autem pupillaris quoque ſubſtitutio hic admittitur, id fit ex ſola conjectura voluntatis paternæ, quæ hinc ducitur, quod credibile ſit patrem, qui aliquem ſibi heredem eſſe voluit, ſi filius heres non eſſet, voluiſſe quoque eundem eſſe heredem filio, ſi filius heres eſſet, & intra pubertatem moreretur: utroque enim caſu pariter ſubſtitutum dilexiſſe videtur, nec ſibi magis proſpexiſſe, quam impuberi filio, cui etiam utile eſſe creditur heredem à patre accipere. *l. Julianus. 42. ff. de acq. hered.* In voluntate autem teſtatoris manifeſta hujuſmodi conjecturis non utimur. Quapropter ſi ille vel nominatim alium in ſecundum caſum ſubſtituit, vel in conditione vulgaris ſubſtitutionis perſonam comprehendit, cui pupillariter ſubſtitui nequeat, hic qui in primum caſum ſubſtitutus eſt, minime intelligi debet & in caſum ſecundum eſſe ſubſtitutus contra manifeſtam voluntatem teſtatoris, qui aut expreſſim in caſum ſecundum ſubſtitutum dedit. §. 3. *Inſt. de pupill. ſubſtit.* aut in conditione ſubſtitutionis eum adjecit, cui in ſecundum caſum ſubſtitui non poteſt: quod cum ſit, palam eſt teſtatorem in eum duntaxat caſum ſubſtitutionem feciſſe, quo utrique heredem ſubſtitui poterat. *l. 4. §. 2. l. Lucius 45. ff. de vulg. & pup. ſubſt. l. 2. & l. 4. C. eod.* Excipiendus etiam caſus ſingularis in *l. ult. C. de inſt. & ſubſt.* ubi Juſtinianus non vult ſubſtitutionem vulgarem vim habere tacitæ pupillaris adverſus matrem coheredem poſthumo datam, ſi viva ea poſthumus natus impubes deceſſerit. Jus ſingulare oſtendunt verba illa, *in hac ſpecie, in hujuſmodi*

caſu. Non obſtat *l. 8. C. de impub. & al. ſubſtit.* quia loquitur de ſubſtitutione militis, quæ facta in unum caſum non extenditur ad alium. Quippe militum teſtamenta non reguntur legibus aut conſtitutionibus, ſed ex nuda, ſimplici, ac prout verbis expreſſa eſt, voluntate æſtimantur. *l. in teſtamento. 6. C. de teſt. mil. Don. in d. l. 8. n. 5. & 6. Vigl. ad pr. Inſt. de pup. ſubſtit. Bronchorſt. 3. aſſert. 34.*

Cæterum, an ex contrario expreſſo caſu ſubſtitutionis pupillaris ſeu ſecundo dicendum ſit contineri etiam caſum vulgaris ſeu primum, non eſt æque expeditum. Et communis quidem ſententia eſt expreſſo ſecundo primum quoque caſum comprehenſum intelligi. *Gloſſ. & DD. in d. l. 4. ff. d. vulg. & pup. Mantic. lib. 5. de conject. ult. vol. tit. 3. n. 5.* quam ſententiam & nos probamus. Sed hic lis nobis movetur à magnis viris Lancell. Polit. *de ſubſt. pup. quæſt. 8. n. 39. Vigl. ad pr. Inſt. de pup. ſubſtit. Anton. Fab. deciſ. 32. err. 9. &* 10. qui in contrarium eunt, ac ſerio contendunt, nunquam in ſubſtitutione pupillari vulgarem tacite contineri. Nos etſi numero interpretum nobiſcum ſentientium ſuperiores ſumus, tamen in communes opiniones non juravimus, & parum hoc eſſe exiſtimamus, niſi & legum auctoritate vincimus ac ratione. Auctoritate defendimur duplici; primum verbis ipſis conſtitutionis Impp. Marci & Veri relatis ad Modeſtinum in *d. l. 4. pr. de vulg. & pupill. ſubſtit.* quæ hæc ſunt: *ut cum pater impuberi filio in alterum caſum ſubſtituiſſet, in utrumque caſum ſubſtituiſſe intelligatur.* Ecce non aiunt Impp. *cum pater in primum caſum*, quomodo loqui debuerant, ſi tantum in vulgari caſu expreſſo pupillarem contineri ſignificare voluiſſent; ſed *cum in alterum caſum*, hoc eſt, unum è duobus ſine ulla diſtinctione, primus, an ſecundus tantum expreſſus fuerit. Secundo

cundo & evidentius auctoritate ejuſdem Modeſtini in terminis hanc quæſtionem proponentis & decidentis in *d. l. 4. §. 2. verſ. hoc itaque.* Qui duos habebat filios, unum puberem, alterum impuberem, utroque herede inſtituto puberem impuberi ſubſtituit in eum caſum, quo impubes heres exiſteret, & intra pubertatem moreretur: ait Juriſconſultus hoc caſu fratrem impuberem in utrumque eventum ſubſtitutum videri. Quod autem in fine ejuſdem reſponſi Juriſconſultus monet, ad evitandam omnem quæſtionem cautius facturum patrem, ſi in utrumque caſum expreſſe impuberi ſubſtituat, hoc apparet eum facere propterea quod in ſpecie mutuæ ſubſtitutionis, qualem ille propoſuerat, nimirum cum uterque alteri ſeparatim ſubſtituitur, filius impubes puberi vulgariter, pubes impuberi pupillariter, voluntatis quæſtio moveri poſſet, an non quemadmodum pater in unum duntaxat caſum, hoc eſt, in vulgarem puberi ſubſtituit, ita viciſſim in unum quoque caſum tantum, nempe in pupillarem, videri debeat impuberi ſubſtituiſſe? At hujuſmodi quæſtioni poſt Divorum Marci & Veri conſtitutionem locus non eſt, cum non uterque alteri in caſus diverſos, ſed uni duntaxat, cui in utrumque caſum ſubſtitui poteſt, ſubſtituitur alter, ſive ſolum in primum, ſive ſolum in caſum ſecundum. Diſerte autem dixi, cum uterque alteri ſeparatim ſubſtituitur, pubes ſcilicet & impubes: quia ſi verborum compendio mutuo ſubſtituti ſint hoc modo, *eoſque invicem ſubſtituo*, in vulgarem tantummodo caſum reciproca ſubſtitutio facta intelligitur. Quippe in tali ſpecie incongruens viſum eſt, ut in altero duplex eſſe ſubſtitutio, in altero ſola vulgaris. *d. l. 4. §. 2. ff. l. 2. C. eodem. Mantic. d. tit. 3. n. 6. Govean. ad d. l. 4. n. 13. in fin. Duar. ad tit. de vulg. & pup. ſubſtit. c. 15.* A ratione quoque non magis alienum eſt hanc inducere voluntatis conje-

ćturam, quam quod in primum caſum ſubſtitutus intelligatur quoque ſubſtitutus in ſecundum. Imo fortior eſt voluntatis conjećtura pro illo, quam pro hoc: quod etiam Chriſtin. *vol. 4. deciſ.* 15. *n.* 4. notavit. Nam cum pater filium heredem inſtituit, quem etiam ſperat ſibi heredem fore, & boni quæ relićturus eſt conſecuturum eum quem filio heredi facto ſubſtituit, & ad quem conſequenter mortuo filio pariter cum bonis filii poſtea quæſitis ſua quoque pertinere voluit, magna cauſa præſumptionis eſt patrem voluiſſe etiam filio herede non exiſtente ſibi heredem eſſe in ſuis ſolius bonis: quæ præſumptio tanto major in hoc caſu, quam in ſuperiore, quanto magis apparet teſtatorem dilexiſſe eum, quem una cum ſuis bonis filii quoque bona, ſi quæ poſtea ei obvenerint, habere voluit, quam eum quem expreſſe ſibi tantum heredem fecit.

Ex hoc autem vel ſolo nullo negotio refelli poſſunt rationes eorum qui contra ſentiunt: nam aućtoritate quidem illi nulla nituntur: niſi quod Ant. Faber nobis objicit Javolenum in *l. paterfam.* 28. *ff. de reb. auct. jud. poſſ.* quo tamen loco longe aliam quæſtionem Juriſconſultus traćtat, & nimirum hanc, an creditoribus paternis in ſubſtitutum impuberis, qui patris hereditate abſtinuit, aćtio detur, ſive an ſubſtitutus æs alienum patris agnoſcere, & creditoribus ejus reſpondere teneatur: an vero hereditates, quas nuda exiſtentia poteſtate juris civilis conjunxit, poſſit ſeparare. Quod ſi inde colligat Faber ſubſtitutum impuberi in caſum pupillarem, pupillo abſtinente, hereditatem patris adire non poſſe vi aliqua tacitæ ſubſtitutionis vulgaris, eadem ratione collegeris nec legitimos heredes abſtinente pupillo poſſe patris hereditatem cernere, ut bene contra Fabrum diſputat Bachovius ad *Treutl. vol.* 2. *diſp.* 11. *theſ.* 8. *lit.* F. Et quid ni præſupponendum eſſe dici poſſit in quæſtione à Javoleno

pro-

propoſita ſubſtitutum quoque repudiaſſe manifeſte damnoſam hereditatem, utcunque virtute tacitæ ſubſtitutionis vulgaris ſibi delatam? Ac mihi quidem quod ad iſtam quæſtionem attinet, idem videtur ſenſiſſe Javolenus, quod ſucceſſor ejus Julianus, cujus ſententia, ut pupilli utilitatem impugnans, notatur à Marcello & Ulpiano in *l. Iulianus. 42. pr. ff. de acq. hered.* Levicula autem ſunt, quæ de ordine ſententiæ communi objiciuntur, quod nempe hic ſit naturalis ordo, ut à caſu primo tranſeatur ad ſecundum, non vice verſa. *l. 2. §. prius autem. 4. ff. de vulg. & pup. ſubſtit.* & quod abſurdum ſit in acceſſorio, quale eſt teſtamentum filii, contineri principale ſeu teſtamentum patris. Quando enim conjunctum eodem tempore iiſdemque tabulis ac contextu pater ſibi & filio teſtamentum facit, nihil refert, à ſuo, an à filii incipiat. *d. l. 2. §. ſed & ſi. 6.* atque ut Alfenus dicebat, in conjunctionibus nullus eſt ordo. *l. 14. ff. de pecul. leg.* ac proinde, etſi non ex certa aliqua ratione juris, tamen ex interpretatione conſtitutionis & voluntate Divorum Principum perinde in ſpecie propoſita haberi debet, ac ſi à caſu primo initium ſubſtitutionis pater feciſſet. Agitata fuit hæc quæſtio jam olim in judicio centumvirali inter heredes legitimos Coponii cujuſdam & M. Curium, cujus rei Cicero multis in locis, & Quintilianus *lib. 7. inſtit. orat. c. 7.* meminerunt. Coponius poſthumum heredem inſtituerat, eique, ſi antequam in tutelam ſuam veniret, deceſſiſſet, Curium heredem ſubſtituerat. Cum poſthumus natus non eſſet, exorta eſt de hereditate controverſia inter heredes teſtatoris legitimos & ſubſtitutum. Q. Mucius contendebat legitimis heredibus locum eſſe factum, quoniam Curius ita ſubſtitutus erat poſthumo, ſi poſthumus impubes moreretur: at poſthumum ne natum quidem eſſe; ac proinde defeciſſe conditionem ſubſtitutio-

tutionis. Mucio contradixit L. Craſſus, atque iiſdem argumentis, quibus nos uſi ſumus, probavit centumviris M. Curium nihilominus ex ſubſtitutione heredem eſſe oportere. Quod judicium ut communem ſententiam vindicat ab illis, quas Viglius & Faber comminiſcuntur, abſurditatibus, ita ipſum, cum res adhuc dubia maneret propter auctoritatem, ut credibile eſt, Q. Mucii, conſtitutione Divorum fratrum confirmatum eſt.

Plane in ſubſtitutione facta pupillo exheredato eadem interpretatio admitti non debet. Imo ne expreſſe quidem vulgaris ſubſtitutio eo caſu fieri poteſt: quippe cum vulgariter ei duntaxat ſubſtituere queam, quem ipſe mihi heredem facio. Quid ſi duobus diverſis teſtamentis pater ſibi & filio heredem ſcripſerit: ſæpe enim pupillare teſtamentum diverſo tempore fit, & novis ſolennibus rurſus adhibitis? Pone patrem ſuo teſtamento perfecto, alio deinde die aut hora filio teſtamentum feciſſe, quod ei permiſſum eſt. *l. ſi quis.* 16. §. 1. *ff. de vulg.* & *pupill.* aut ſibi per ſcripturam, filio per nuncupationem, vel contra, *l. patris.* 20. §. 1. *eod.* Atque in ſuo quidem teſtamento filium heredem inſtituiſſe, ſed iiſdem tabulis nullum ei dediſſe ſubſtitutum. Poſtea & alio demum tempore filio impuberi feciſſe teſtamentum, quo ei pupillariter ſubſtituit. Hic ego dicerem cum Bachovio ſub pupillari expreſſa non intelligi comprehenſam vulgarem, propterea quod tunc filio tantum, non etiam ſibi heredem quæſiviſſe pater videtur. Apud nos & in pleriſque aliis Belgii provinciis, quia pupillari ſubſtitutione non utimur, diſputatio hæc ſupervacua eſt. *Gudelin. lib. 1. de jur. nov. c. 13. Grot. lib. 2. introd. c.* 19. *Groenevv. tract. de legib. abrog. ad tit. Inſt. de pup. ſubſt.*

CAP.

CAPUT XXV.

An legatum in alterius arbitrium rectè conferatur?

QUando de legato in alterius arbitrium conferendo diſputatur, tres diverſi caſus conſiderandi. Nam aut in arbitrium heredis confertur, aut legatarii, aut tertii alicujus, ſive extranei: atque hi tres caſus diverſum jus habent. Quod ad collationem in tertii arbitrium attinet, ut de eo primum dicam, poteſt legatum conferri in tertii alicujus arbitrium tanquam in conditionem. *l.* 1. *pr. ff. de legat.* 2. ubi Ulpianus ait, *in arbitrium alterius conferri legatum*, veluti *conditio poteſt*, id eſt, quaſi conditio. Malim tamen cum Cujacio *lib.* 2. *obſ.* 2. legere, *veluti conditionem*. Sed quid hoc eſt, in alterius arbitrium, veluti in conditionem? Reſpondeo, ſi teſtator ſic dixerit, *Mævio fundum Tuſculanum do lego, ſi Titius voluerit*. Tale, inquam, legatum valet. Ratio eſt, quia voluntas facti eſt: & poteſt legatum in alterius factum, non ut in voluntatem ſimplicem, ſed ut in conditionem faciendi conferri, puta ſi forte acciderit aliquando, ut id ille velit, ut conditio potius ſit, quam merum legati dandi arbitrium, veluti *ſi Titius Capitolium adſcenderit*. Utrumque exemplum habemus apud Ulpianum in *d. l.* 1. *pr. ff. de legat.* 1. ubi & nihil intereſſe ſcribit, hoc an illo modo legetur. Atque ex hoc eodem loco quod idem Ulpianus alibi tradit, legatum in aliena voluntate poni poſſe, ſic quoque accipiendum reor, ut in aliena voluntate quaſi conditione poni poſſit. *l. ſenatus.* 43. §. 2. *ff. de legat.* 1. Nam & alibi idem auctor libertatem ita relictam, *Si Sejus voluerit, Stichum liberum eſſe volo*, deberi ait, quod ſcilicet conditio potius ſit, quam legati dandi merum arbitrium. *l. fideicommiſſa.* 46. §. 2. *ff. de fideic. libert.*

libert. Atque huic conditioni eodem item loco parem facit illam, *Si Sejus Capitolium adſcenderit.* Eſtque hoc legatum verè conditionale, ac mortuo ante conditionem exiſtentem, id eſt, antequam tertius ille voluerit, legatario extinguitur. Diſſentit Hotomannus *lib.* 1. *amicab.* 5. Pomponium & Modeſtinum cum Ulpiano committens. Poteſt & legatum conferri & in extranei arbitrium, non utique liberum, ſed ut in arbitrium boni viri, & tunc legatum non eſt conditionale. *d. l.* 1. §. 1. Bonum autem virum cum dicimus, non judicem intelligimus, etiamſi is vel maxime boni viri officio fungi debeat: ſed qualemcunque virtute præditum, juſtum, fidum, innocentem, ut Cicero definit *lib.* 3. *de offic.* Eſt vero in teſtamentis, in quibus voluntates plenius interpretamur, *l.* 12. *ff. de reg. jur.* hoc perpetuum, ut legatum in alterius arbitrium collatum in boni viri arbitrium collatum eſſe intelligatur: & ſive is, in cujus arbitrium collatum eſt, arbitretur, ſive non arbitretur, ſemper utile ſit. *d. l.* 1. §. 1. *l.* 3. §. 1. *C. comm. de leg. & fideic.* quanquam in contractibus arbitrii hujus adjectio vim conditionis habet. *l. ſi coita.* 75. *ff. pro ſoc. l. ult. C. de contr. empt. l. ſi quis.* 43. *ff. de verb. oblig.* At non poteſt legatum conferri in tertii liberum arbitrium ſimpliciter, dum totum legatum in meram v. c. Titii voluntatem confertur citra ullum reſpectum conditionis, ut illa verba, *ſi voluerit Titius*, idem ſignificent, ac ſi diceretur pro libero Titii arbitrio, ut arbiter & quaſi dator legati ſit. Nam tunc vellet teſtator ex puro puto Titii arbitrio pendere legatum, ſive is æquum ſive iniquum arbitraretur: quod fieri non poteſt. *l. illa inſtitutio.* 32. *ff. de hered. inſtit. l. nonnunquam.* 52. *ff. de cond. & demonſtr.* Enimvero in conſequentiam & indirecte ex tacito Titii arbitrio pendere vis legati poteſt, veluti ſi teſtator expreſſim adjecit conditionem, *Mario centum do lego, ſi*

Titius

Titius Capitolium adſcenderit. Etſi enim Titius Capitolium non adſcendet, niſi volet, tamen teſtator hic non tam voluntatem Titii quam factum aſcendendi & contingentiam facti ſpectavit. Poterit enim velle Titius, nec tamen adſcendere, morte, morbo, vi impeditus. Poterit & aſcendere nihil minus cogitans, quam ut conditioni pareat, forte ignorans conditionem hanc legato adſcriptam, aut omnino quid Mævio legatum eſſe. Quid ſi aperte teſtetur Titius nolle ſe, ut Mævius legatum capiat, & tamen adſcendat? Nihilominus debebitur legatum, quod non deberetur, ſi teſtator ſimplicem Titii voluntatem ſpectaviſſet. *d. l. nonnunquam.* 52. *ff. de cond. & dem.*

Quod ad heredis arbitrium attinet, tantum abeſt ut legatum conferri poſſit in liberum heredis arbitrium, *ſi heres meus voluerit*, ut ne poſſit quidem in ejus arbitrium conferri, tanquam in conditionem. Atque hoc eſt quod dicitur in *l. ſenatus.* 43. §. 2. *ff. de legat.* 1. legatum in heredis voluntate poni non poſſe: nempe non poſſe ne quidem tanquam in conditione. Ratio eſt, ne ſit in arbitrio ejus quem teſtator obligare cogitat, an ſit obligatus. *L. utrum.* 7. §. 1. *ff. de reb. dub. fac. l. ſtipulatio.* 17. *l. à Titio.* 108. §. 1. *ff. de verb. oblig. l.* 8. *ff. de oblig. & act.* Quamobrem crediderim nec tale legatum valere, *ſi heres Capitolium aſcenderit, Titio centum dato*: quamvis Cujacius valere putat, *arg. l.* 3. *ff. de legat.* 2. ſed ille textus loquitur de conditione negative concepta, cujus alia ratio eſt. Nam & ſi dixerit teſtator, *niſi heres meus noluerit*, quaſi conditionale legatum eſt, & primam duntaxat voluntatem exigit. *l. fideicommiſſa.* 11. §. *ſic fideicommiſſum.* 5. *ff. eod.* 3. Utique in herede hæc verba, *ſi voluerit*, pro conditione neutiquam accipiuntur, niſi favore libertatis. *l. fideicommiſſa.* 46. *pr. ff. de fideic. libert.* Dicerem tamen potius in ſpecie illic poſita id admitti,

mitti, propter verba *fidei tuæ committo. arg. d. l.* 46. §. 3. Plane in arbitrium heredis quaſi boni viri recte confertur legatum, veluti ſi ita adſcriptum fuerit, *ſi æſtimaveris heres, ſi comprobaveris, ſi juſtum putaveris, ſi utile tibi viſum fuerit*, &c. *l. ſi ſic legatum.* 75. *pr. ff. de legat.* 1. *d. l.* 11. §. *quanquam.* 7. *ff. eod.* 3. *d. l.* 46. §. 3. *de fideic. libert.* neque hoc caſu legatum eſt conditionale, per *l.* 1. §. 1. *de legat.* 2. Utiliter quoque ſic relinquitur, *cum heres voluerit*, quia tale legatum omnino teſtator præſtari vult, ſed tractum temporis habet, quamdiu vivat is, à quo relictum eſt. Eo autem mortuo, ſi ipſe non præſtitit, ab herede ejus præſtandum eſt: nam poſt mortem utique datum creditur. Præmoriens autem legatarius nihil tranſmittit, quia conditionale eſt. *d. l.* 11. §. *hoc autem.* 6. *l. uxorem.* 41. §. *pr. de legat.* 3. *facit l. centeſimis.* 46. §. 2. *ff. de verb. oblig.*

Poſtremo, quod ad arbitrium attinet legatarii, poteſt legatum in liberum ejus arbitrium & voluntatem expreſſe conferri, *Titio centum do lego, ſi voluerit.* Et hoc legatum eſt conditionale, ut legatario ante conditionis eventum mortuo, id eſt, antequam legatarius voluerit ad ſe pertinere, jus petendi legati ad heredem ejus non tranſmittatur, quia conditio perſonæ injuncta videtur. *l. ſi ita legatum.* 65. §. 1. *ff. de legat.* 1. *l. ſi ita expreſſum.* 69. *ff. de cond. & demonſtr.* Quod ſi ea conditio verbis expreſſa non fuerit, licet tacite inſit, non facit legatum conditionale. *l. conditiones.* 99. *ff. de cond. & dem. l.* 3. *ff. de legat.* 2. Cui non obſtat, quod alibi traditùm eſt, conditiones, quæ tacitè inſunt, non reddere legata conditionalia, licet à teſtatore exprimantur. *l. Cornelius.* 69. *ff. de her. inſtit. l. heredi.* 7. §. *tractari.* 5. *ff. quand. dies leg. l. ſervo.* 47. *ff. de cond. & dem.* Hoc enim ſic accipiendum & temperandum eſt, niſi alia ſit aut aliam vim habeat conditio expreſſa, ut in propoſito. *l. nonnunquam.* 52. *ff. d. tit.*

Digitized by Google

tit. idque ſignificat Marcellus in *d. l. ſervo.* 47. *in fin. eod.* Expoſui breviter ſententiam meam ſuper ſubtiliſſima hac quæſtione. Interpretes noſtri non idem omnes ſentiunt. Vid. *Gloſſ. Bart. & DD. in l.* 1. *ff. de legat.* 2. *Cujac.* 2. *obſ.* 5. *Hotoman.* 1. *amicab.* 5. *Robert.* 2. *ſent.* 10. *Connan.* 9. *comment.* 5. *Pet. Fab. ad l.* 22. §. 1. *ff. de reg. jur. Bronch. cent.* 3. *aſſert.* 48.

CAP. XXVI.

Rei alienæ legatum quando valeat, & quid juris, ſi quis legaverit rem quam cum alio communem habet?

ETiam res alienas legari poſſe ſemper conſtitit, & poſſe etiamſi difficilis earum paratio ſit, ut loquitur Juriſconſultus in *l. cum ſervus.* 39. §. *conſtat.* 7. *ff. de legat.* 1. nec obſtat lex duodecim tabularum, quæ tantum de ſuo legandi poteſtatem facit *l. verbis legis.* 120. *ff. de verb. ſign.* nam & qui legat rem alienam, vi & effectu de ſuo legare intelligitur, nempe heredem ſuum onerare, ut rem redimat, & redemptam præſtet; aut ſi id non poteſt, æſtimationem inferat, qui hujus legati effectus eſt. §. *non ſolum.* 4. *Inſt. de legat. l. ſi domus.* 71. §. 3. *eod.* 1. Olim hoc proprium fuit legatorum, quæ per damnationem relinquebantur, quod arguit *l. qui quatuor.* 30. §. *ult. ff. de legat.* 3. & expreſſe teſtatur Ulpianus in *fragm. ſub tit. de legat.* Hodie autem licebit in hac re etiam verbis legati vindicationis propriis uti, puta *do lego*, aut ſimilibus. Sed & rem hoſtium legari poſſe placuit, ſi modo in ea cauſa ſit, ut aliquo caſu emi poſſit, & jure commercii comparari. *l. ab omnibus.* 104. §. 2. *ff. de legat.* 1. Atque ejus rei, quæ apud hoſtes eſt, bello ſcilicet capta, legatum omnimodo conſiſtit jure poſtliminii. *l.* 9. *l. ſi ſervus.* 98. *eod.* An autem jure quoque Canonico legatum rei

alienæ

Digitized by Google

alienæ valeat, dubitatur propter *c. filius. ext. de teſtam.* ubi videtur hujuſmodi diſpoſitio improbari. Covarruvias putat ſpeciem *d. c. filius.* eſſe ſingularem, quod res alterius eccleſiæ legata illic proponatur ſepulturæ cauſa; & ideo extra ſpeciem ibi propoſitam etiam jure Pontificio alienæ rei legatum conſiſtere: & ita quoque *Mantic. lib. 9. de conject. ult. vol. tit.* 10. *Fachin. lib. 5. controv.* 38. Atenim negari non poteſt, quin Pontifex in *d. c. filius.* oſtendat ſibi diſplicere rei alienæ legatum, cum id magis ſeculi legibus, quam legi Dei convenire ſignificat. Quamobrem Diod. Tuldenus *comment. ad tit. Inſt. de legat. c. 5.* fatetur quidem improbari à Pontifice hanc juris civilis diſpoſitionem: cæterum cum eam expreſſe non abroget, merito adhuc eam obtinere debere contendit; maxime cum probabili nitatur ratione prolixius indulgendi ſupremis hominum deſideriis, & eo tantum pertineat, ut heres rem à domino redemptam, aut eo nolente vendere, aut volente quidem, ſed non niſi immodico pretio, juſtam æſtimationem legatario præſtet. *l ſi domus.* 71. §. 3. *ff. de legat.* 1. *l. non dubium.* 14. §. *ult. l. qui quatuor.* 30. §. *ult. ff. eod.* 3. Crediderim Pontificem opinionis errore deceptum putaſſe rei alienæ legatum legibus ſeculi ita ſuſtineri, ut eam rem, velit nolit, dominus ſuo pretio vendere teneatur: nam ut heres aut redemptione rei alienæ, aut pretii illius præſtatione oneretur, conſtat legi divinæ minime repugnare.

Cæterum non ſemper res aliena legata debetur: verum intereſt utrum teſtator rem alienam legans, ſciverit eam alienam eſſe, an ignoraverit: ſi ſcivit, debebitur; ſi ignoravit, non item. *l. unum ex familia.* 67. §. *ſi rem.* 8. *ff. de legat.* 2. *l. cum alienam.* 10. *C. de legat.* §. *non tantum.* 4. *Inſt. eod. Forſitan enim,* inquit ibi Juſtinianus, *ſi ſciviſſet alienam rem eſſe, non legaſſet.* Unde vero illud colligimus? Ex eo nimirum,

quod

quod nemo facile credendus ſit heredem ſuum onerare voluiſſe redemptione alienæ rei. *d. l. unum ex familia. §. ſi rem. l. Sticho. 36. in fin. ff. de uſufr. legat.* Quare ſi res heredis legata ſit, diſtinctione illa non utimur, ſed ea omnino debetur, quamvis teſtator eam ſuam exiſtimans legaverit: nempe ideo, quod cum rei legatæ dominus ipſe heres eſt, tam facile eam heres præſtare poteſt, quam rem quæ defuncti fuit. *d. l. unum ex familia. §. ſi rem.* Plane interdum conjectura voluntatis efficit, ut etiam res aliena legata indiſtincte debeatur; veluti ſi relicta ſit perſonæ proximæ, puta parenti, uxori, alicui ex cognatis, aut amico ſingulari, aliive tali perſonæ, cui veroſimile eſt teſtatorem quovis modo legaturum fuiſſe. *d. l. cum alienam. C. de legat.* quod ad legata in piam cauſam relicta traducunt *Tiraquell. priv. pia cauſ. 66. Vaſq. lib. 3. de ſucceſſ. progreſſ. §. 27. n. 41.*

Illud belle quæritur, quid juris ſit in legato rei communis. Finge teſtatorem fundum Sejanum, quem cum Titio communem habebat, legaſſe Sempronio non adjecta portione. Res dubitationem non habet, ſi teſtator ſic dixerit, *fundum meum.* Hic enim portionem tantum deberi, id eſt, partem quæ teſtatoris fuit, non alienam, diſerte à Paulo reſponſum eſt in *l. 5. §. ult. de legat. 1.* & ait Juriſconſultus hoc conſtare, ut oſtendat certi juris eſſe, non controverſi. Quippe & verba & mens teſtatoris hic pro herede faciunt: verba, quia fundum meum recte interpretamur, quatenus meus eſt: nam meum etiam recte dicitur, quod pro parte meum eſt. *l. in re communi. 26. ff. de ſerv. præd. urb. l. ſi quis. 74. de legat. 3. l. 2. ff. de condit. inſtit.* quamvis totum meum eſſe non recte dicatur. *l. recte dicimus. 25. ff. de verb. ſignif.* Mens teſtatoris, quia etiamſi res dubia eſſet, non facile crederetur teſtator heredem ſuum onerare voluiſſe neceſſitate redimendi partem alienam. *d. l. unum ex familia. 76. §. ſi rem. 8. de legat.*

Digitized by Google

legat. 2. Sed dubitatur, ſi teſtator non dixerit, *fundum meum*, aut *qui meus eſt*, ſed ſimpliciter fundum ſibi cum alio communem legaverit, utrum totus debeatur, an ea tantum portio quæ teſtatoris fuit. Et ſiquidem totum ſuum eſſe putaverit, nemo opinor dicturus eſt plus quam partem teſtatoris deberi per *d. l. unum ex familia.* §. *ſi rem. junct.* §. *non tantum. Inſt. de legat.* excepto utique caſu ſupra memorato ex *l. cum alienam.* 10. *C. eod.* Sed quid ſi eodem modo legaverit, cum ſciret fundum ſibi cum Titio communem eſſe? Accurſius exiſtimavit totum deberi, quoniam legatum rei alienæ, quam teſtator ſcivit alienam eſſe, valet, & in propoſito fundus, ſi in totum eſſet alienus, totus deberetur: quod & Donello viſum in *d. l. cum alienam. n.* 2. *C. de legat.* Cæterum contrariam ſententiam, quam probant. *Bart. Bald. Iaſ. Angel. Zaſ. Duar. in d. l.* 5. § *ult. ff. de legat.* 1. *Mantic. lib.* 9. *de conject. ult. vol. tit.* 1. *n.* 12. veram eſſe exiſtimo, nempe partem tantum deberi. Quippe longe diverſa ratio eſt in caſu propoſito rei in totum alienæ, & rei communis ſive pro parte meæ. Si res legata tota aliena eſt, non poteſt videri teſtator revocaſſe modum legati ad partem aliquam ſuam, quam nullam in ea re habeat: nullaque alia conjectura capi poteſt, quam voluiſſe eum totam legare. At cum res communis fuit, & partem in ea teſtator habuit, omnino credibile eſt eum potius de ſua illa parte cogitaſſe, quam voluiſſe heredem ſuum ita onerare, ut partem alienam redimat; quæ conjectura efficaciſſima eſt. *d. l. unum ex familia.* § *ſi rem. de legat.* 2. *l. Sticho.* 36. *in fin. ff. de uſufr. leg.* Confirmat porro hanc ſententiam locus Pauli in *l. fundus.* 24. *ff. de inſtruct. vel inſtrum. leg.* ubi ſententiam Neratii explicans ait, ſi fundus, qui locatus erat, cum inſtrumento legatus ſit, id tantum inſtrumentum, quod teſtatoris fuit, legato cedere: quod ſi nullum ille in

eo

eo fundo inſtrumentum habuerit, quod colonus habuit, deberi. Facit huc & *l. ſi quatuor.* 30. §. *qui fundum.* 4. *ff. de legat.* 3. Atque eandem omnino rationem habet, quod in ſpecie fundi vectigalis legati reſponſum eſt, non videri proprietatem legatam, ſed jus quod in eo teſtator habuit. *l. ſi domus.* 71. §. *ult. ff. de legat.* 1. Enimvero ſi teſtator nominatim dixerit ſe legare fundum Sejanum *totum* vel *omnem*, reſponderem utramque partem, & tam alienam, quam quæ teſtatoris fuit, legatam videri. *arg. l. Iuliano.* 68. *in pr. ff. eod.* 3.

Multa tamen huic ſententiæ objiciuntur, & primo, quod appellatione rei totum contineatur. *l. ſi dictum.* §. 2. *ff. de evict.* à verbis autem non facile ſit recedendum. *l. ille aut ille.* 25. *l. non aliter.* 69. *eod.* 3. Reſpondeo, verum quidem eſt, non facile à verbis recedendum eſſe: ſed tamen recedi poteſt & debet, quando aliud, quam quod dixit aut ſcripſit, ſenſiſſe teſtatorem apparet. *d. l. non aliter.* nam mens & voluntas teſtatoris verbis aut ſcriptura potior atque potentior eſt. *l. Labeo.* 7. §. 2. *ff. de ſupell. leg. l. cum virum.* 16. *C. de fideicom. l. ubi.* 21. *ff. de reb. dub.* Mens autem teſtatoris in propoſito fortiſſime colligitur ex illa veteribus toties uſurpata conjectura, quod ſcilicet haud facile credendum ſit, teſtatorem voluiſſe heredem ſuum onerare neceſſitate redimendi rem alienam. Secundo objicitur *L. Marius.* 66. §. *fundo legato.* 6. *ff. de legat.* 2. Sed longe alius caſus ibi deciditur, nempe quid juris ſit, ſi quis certum fundum, cujus totius proprietas ad eum ſolum pertinet, uſusfructus autem alienus eſt, ſimpliciter, id eſt, non deducto uſufructu legaverit; hic ait Papinianus etiam uſumfructum ab herede petendum eſſe. Ratio dubitandi eſt, quia uſusfructus non eſt pars rei. *l. recte dicimus.* 25. *ff. de verb. ſign.* Et vero ſi pars eſſet, non niſi ſtulte quæreretur, an ubi conſtat totum legatum eſſe, appellatione totius uſusfructus con-

continceatur. Ratio autem decidendi hæc eſt, quod etſi uſusfructus proprie pars non eſt, inſtar tamen partis obtinet, propterea quod emolumentum rei continet: ac proinde fundo legato etiam uſusfructus, niſi expreſſe excipiatur & detrahatur, legato cedit. *d. l. Mævius. §. fundo. l. 6. ff. de uſufr. ear. rer. quæ uſ. conſum.* Et quod notandum cum Azone & Hugolino ut ſingulare, ſi alio propoſito id fecit teſtator, reſponſum eſt in ſpecie huic gemina, eum errore labi, & plus hic valere ſcripturam, quam quod actum, aut cogitatum eſt. *l. ſi alii. 19. ff. de uſufr. leg.* contra communem ſcilicet regulam, ſecundum quam voluntas magis, quam verba, ſpectanda. *l. cum virum. 16. C. de fideic. l. Labeo. 7. §. 2. ff. de ſupell. leg.* Porro quod hic juris eſt in toto, idem haud dubie obtinebit & in fundi parte; cujus uſusfructus alienus eſt, legata, *arg. l. quæ de tota. 76. ff. de rei vind.* D. Duarenus nimium hic ſolicitus eſt, & fruſtra laborat in alio caſu quærendo: quanquam vera ſunt quæ profert. Objicitur tertio locus in *l. cum filius. 76. §. 2. de legat. 2.* Sed eadem ad hunc locum, quæ ad ſuperiorem, reſponſio eſt; cui præterea & hoc accedit, quod heres, qui in caſu ibi propoſito ipſe fructuarius eſt, nulla redemptione oneratur. Quarto objicitur *l. ſi res obligata. 57. de legat. 1. d. l. Mævius. 66. §. fundo. 6. eod. 2. l. 6. C. de fideicomm.* quibus locis traditur heredem rem pignori obligatam, quæ legata ſit, luere debere, utique ſi ſciebat teſtator eam pignori obligatam eſſe. *dd. ll. & §. ſed & ſi 5. Inſt. de legat.* unde ſequitur non liberari heredem præſtando id quod defunctus habuit. Reſpondeo, conjectura voluntatis teſtatoris rem ſuam, quam creditori obligatam eſſe ſciebat, legantis facit, ut res integra, plena & libera debeatur. Nam cum æs alienum onus ſit heredis, qui in univerſum jus defuncti ſuccedit, non legatarii. *l. 1. C. ſi cert. pet.* non eſt credibile teſtatorem voluiſſe æs alienum ſolvi à legatario,

Digitized by Google

gatario, niſi hoc expreſſerit. Aliud autem eſt, ſi obligatam eſſe neſciebat, exceptis duobus illis caſibus, de quibus in *d. l. ſi res obligata. 57. de legat. 1. & d. 6. C. de fideic.*

Noſtra hæc & communis ſententia nullam Gallorum moribus dubitationem habere poteſt: quippe quibus ne illud quidem obtinet, ut fundo legato uſusfructus, qui alienus eſt, ab herede peti poſſit, teſte Autumno, *Cenſ. Gall. & Confer. du droict. ad d. l. Mævius. 66. §. fundo legato. 6. ff. de legat. 2.* ubi ſcribit apud Gallos locum non eſſe diſpoſitioni *d. §. fundo.* ac proinde abrogandum. Atque hoc ut voluntati teſtatoris, ita & Bataviæ quoque noſtræ moribus omnino conſentaneum videtur. Similiter ſi teſtator alii fundum, alii uſumfructum ejuſdem fundi legaverit eo propoſito, ut alter nudam proprietatem haberet, ſimplicitati morum noſtrorum non convenit, ut uſusfructus contra mentem teſtatoris communicetur ſecundum *l. ſi tibi. 19. ff. de uſufr. leg.* & neſcio cujus ſubtilitatis objectu impediatur, ne ſuprema hominum judicia exitum habeant. Idem de Galliæ moribus teſtatur *Bern. Autum. in confer. Gall. ad d. l. ſi tibi. add. Groenew. tract. de leg. abrog. ad d. l. ſi tibi. & ad d. l. Mævius. 66. §. fundo legato. de legat. 1.* Alii, quibus nimia iſta ſubtilitas non placuit, *d. l. ſi tibi.* interpretatione ſua ſic temperaverunt, ut in caſu, quem ibi tractat Modeſtinus, plus valere debeat ſcriptura, quam quod actum eſt, dummodo de eo quod actum eſt non conſtet: quam interpretationem nec verba nec ſententia Juriſconſulti admittunt, ut bene animadverterunt Joannes Azo & Hugolinus apud Accurſium.

Digitized by Google

CAP. XXVII.

An unquam error in nomine legatarii rei've legatæ, aut falſa demonſtratio vitiet legatum?

SI quis heredem inſtituit, ſive alicui quid legat, perſonam heredis aut legatarii demonſtret, neceſſe eſt. Demonſtrantur perſonæ citra controverſiam ſuo nomine: cæterum & aliis modis demonſtrari poſſunt, ut valeat inſtitutio aut legatum. *l. quotiens.* 9. §. *ſi quis.* 8. *ff. de hered. inſtit.* *l. ſi ita.* 8. §. 2. *ff. de bon. poſſ. ſec. tab.* Et generaliter in omnibus partibus juris demonſtratio vice nominis fungitur. *l.* 6. *ff. de reb. cred. l. nominatim.* 34. *ff. de cond. & dem.* Cui jam & illud conſequens eſt, ut ſi falſum nomen adjectum ſit, errante teſtatore, nihilominus inſtitutio aut legatum valeat, perindeque habendum ſit, ac ſi nomen adjectum non eſſet; dummodo certum ſit demonſtratione teſtatoris, de quo ille ſenſerit. Ut enim cætera omittantur, perſonam tamen neceſſe eſt ita demonſtrari à teſtatore, ut certo appareat, quem ille intellexerit. *d. l. quotiens.* §. *ſi quis. ff. de hered. inſt.* pro non dicto enim eſt, aut pro non ſcripto, quod ita dictum ſcriptumve eſt, ut non intelligatur. *l.* 2. *ff. de his quæ pro non ſcript.* Finge ergo hoc modo legaſſe, *Corneliæ ſororis meæ filio centum do lego.* ſi ſoror unum tantum filium habeat, valet legatum, quia ſatis apparet, quem teſtator deſignavit. Sed & ſi ita dixerit, *Cornelio ſororis meæ Corneliæ filio centum lego*, valebit legatum, etiamſi ei non Cornelio, ſed Sempronio nomen ſit. Denique & ſic demonſtratio recte fit, *cujus nomen in codicillis ſcripſero*, illi heres meus centum dato. *l. inſtitutio talis.* 10. *ff. de cond. inſt.* nam quod in herede ſic demonſtrato obtinet, id vel magis in legatario valere debet. Pari ratione etſi teſtator erraverit in nomine rei legatæ, v. c. ſi fundum Cornelianum pro Sempronia-

proniano nominaverit, utile eſt legatum, & debebitur Sempronianus, ſi conſtet hunc legatum eſſe. *l. 4. ff. de legat.* 1. Et convenienter ſi quis cum unum tantum ſervum haberet, dixerit, *Stichum ſervum meum Titio do lego*, valebit legatum, licet ſervo Davus, non Stichus nomen ſit. *arg. l. demonſtratio.* 17. *ff. de cond. & dem.* Plane ſi quis cum veſtem legare vellet, ſupellectilem ſcripſerit, putans ſupellectilis appellatione veſtem contineri, placet nec veſtem nec ſupellectilem deberi, quaſi neutrum legatum ſit. *d. l. 4. de legat.* 1. ubi Juriſconſultus hanc differentiæ rationem reddit, quod rerum vocabula immutabilia ſunt, hominum mutabilia. Per rerum vocabula intelligit illa, quæ grammatici appellativa vocant; per hominum, quæ illi propria, propterea quod rei ſive perſonæ tantum ſingularis deſignandæ cauſa reperta ſunt. Hæc ait eſſe mutabilia, quia ſcilicet privata ſunt, & pro arbitrio ſingulorum imponuntur & mutantur: illa immutabilia, quia publica & communia. *l. Labeo.* 7. §. 2. *ff. de ſupell. leg.* ut proinde in his error ſit tolerabilis, in illis ſtultus & intolerabilis. Et eſt ſanè ingens inter hæc diſcrimen. Propria nomina omnia θέσει conſtant, & ita, ut pro arbitrio cujuſque privati & citra conſiderationem naturæ rei imponantur: quapropter nec rei ὐσίαν, ſed tantum differentiam ἐπουσιώδη indicant. Appellativa vero φύσει quodammodo conſtant, id eſt, à natura vim ſuam habere videntur, ſaltem prima, quæ ſunt ἀρχηγὰ καὶ στοιχεῖα, ſeu principia & elementa reliquorum. Sane Cratylus apud Platonem exiſtimat majorem quandam vim, quam humanam, prima rebus nomina impoſuiſſe. Sed & flexa, licet impoſititia ſint, publica tamen & ipſa ſunt, ac communia: & ſive prudenter, ſive temere & κατὰ τύχην impoſita ſint, non ſunt tamen arbitraria, ut ex ſingulorum opinione exaudiri debeant, ſed ex communi uſu: eorumque impoſitio naturæ conſona habetur, nec minus

minus hæc, quam prima ipſam rei ſubſtantiam denotant. Quæſitum vero eſt, an non ſaltem valere debeat legatum, ſi res cum oculis ſubjecta eſſet, à teſtatore manu demonſtrata ſit, utut alieno nomine eam appellaverit: veluti ſi cum equus præſens eſſet, ita dixit, *Hunc bovem Titio do lego*? Accurſius in *l. quæ extrinſecus*. 65. *ff. de verb. oblig.* exiſtimat valere, & equum deberi, cujus ſententiam & plerique interpretes ſecuti ſunt. Mihi vero id minime conſentaneum videtur reſponſo Pauli in *l.* 3. *ff. de reb. dub.* ubi Juriſconſultus ſic ſcribit: *Qui aliud dicit, quam vult, neque id dicit quod vox ſignificat, quia non vult, neque id quod vult, quia id non loquitur.* Convenienter omnino ſententiæ ſive Servii, ſive Celſi, dicentium *non videri quemquam id dixiſſe, cujus non ſuo nomine uſus ſit*; aut quod idem valet, neminem videri ſenſiſſe, quod non dixit: quanquam Tubero plus hic tribuebat voluntati, *l.* 7. §. *ff. de ſupell. leg.* Quamobrem magis eſt, ut tale quoque legatum inutile haberi debeat, atque æque ſtultum ac deriſorium, ut illa, de quibus in *l.* 4. *ff. de legat.* 1. quod etiam Mynſingero ad §. *ſiquidem*. 29. *Inſt. de legat. n.* 10. verius videtur. Plane ſi quis chartas librorum appellatione, aut contra, complexus eſſe dicatur, locus eſſe poteſt quæſtioni voluntatis propter rerum affinitatem. *l. librorum*. 52. §. *quod tamen*. 4. *ff. de legat.* 3. *& ibi Bart.* Quin etiam generaliter idem admittendum putem, ſi aliquo colore uſuve loquendi vocabulum quo teſtator uſus eſt, ad id quod voluiſſe dicitur, extendi poteſt. *arg. l. ſi quis vinum*. 9. *pr. ff. de trit. vin. ol. leg.* quod & Diod. Tuldenus probat in *comment. ad Inſt. tit de legat. c.* 21. *add. Duar. ad l.* 4. *de leg.* 1. *Pet. Fab. lib.* 2. *ſemeſtr.* 14.

Quod in errore nominis perſonæ legatarii, aut proprii vocabuli rei legatæ cuſtoditur, ut etſi falſo hujuſmodi nomine teſtator uſus ſit, legatum tamen utile

utile ſit, modo de perſona aut re aliunde conſtet, id etiam obtinet in demonſtratione, hoc eſt, omni adjectione, quæ extra nomen perſonæ aut rei deſignandæ gratia adhibetur, ut etſi vel in perſona legatarii, vel in re legata demonſtranda teſtator erraverit, tamen legatum perinde valeat, ac ſi nullus error interveniſſet; dummodo conſtet, cui legare, aut quam rem legare teſtator voluerit. *l. demonſtratio.* 17. *pr.* & §. 1. *l. falſa.* 33. & *l. ſeq. ff. de cond. & dem.* §. *huic proxima.* 30. *Inſt. de legat.* Ratio eſt, quia nomen & demonſtratio mutua vice funguntur, aut demonſtratio vice nominis. *l.* 6. *ff. d. reb. cred. l. nominatim.* 34. *ff. de cond. & dem.* Cæterum hæc regula ſive ſententia ſic in univerſum temperanda eſt, niſi quid aliud obſtet legato præter falſitatem demonſtrationis. Hoc autem obſervato facile removeri poterunt pleraque, quæ alioqui huic ſententiæ obſtare videntur, Nam primo, ſi demonſtratio certam rem aut ſummam indicet, ſed circumſcriptam certo loco, eaque res illo loco non reperiatur, reſponſum eſt inutile eſſe hoc legatum; veluti ſi teſtator ita dixerit, *Centum quæ in arca habeo, Titio lego,* ſi hæc in arca nulla ſint, placet nihil deberi, quaſi certum corpus, quod in rerum natura non eſt, legatum ſit. *l. ſi ſervus.* 108. §. *qui quinque.* 10. *ff. de legat.* 1. *l.* 1. §. *ſed & ſi.* 7. *ff. de dot. præleg. junct. l. plane.* 34. §. *ſed hoc ita.* 4. *ff. de legat.* 1. Prius enim eſt, ut ſit quod legetur, quam legatum valeat, aut dici poſſit falſa demonſtratione perimi. *l. quibus.* 40. §. *pen. ff. de cond. & dem.* 2. Si quis ita legaverit, *Quod mihi Titius debet, Sempronio lego,* ſine adjectione corporis aut quantitatis, neque Titius quicquam debeat, placet nullum eſſe legatum, non propter vitium demonſtrationis, ſed alia evidenti ratione, quia ſcilicet non apparet, quid quantumve legatum ſit. *l. ſi ſic legatum.* 75. §. 1. *de legat.* 1. 3. Eadem ratione inutile eſt & hoc legatum, *Quod Titio debeo, ei lego,*

ſi teſtator neque debeat, neque quantitas adjecta ſit; quamvis ſi ita dixerit, *Decem, quæ Titio debeo, ei lego*, legatum utile ſit, licet nihil Titio debeatur: quia ſola falſa demonſtratio legatum non vitiat. *d. l.* 75. §. 1. *l. legavi.* 25. *ſub fin. ff. de lib. leg.* 4. Sed etſi quantitas adjecta eſt, tamen ne ſic quidem ſemper utile eſt legatum in hujuſmodi ſpeciebus. Finge teſtatorem ita legaſſe, *Centum, quæ Titio debeo, Sempronio lego*; conſtat hoc legatum inutile eſſe, etiamſi verum ſit centum Titio deberi: quoniam debitor id quod ipſe debet, alii quam creditori legare non poteſt; ac proinde nec ſi falſum erit, legatum valebit. Nam quod inutile foret legatum detracto vitio demonſtrationis, id adjecta vitioſa demonſtratio utile efficere non poteſt. 5. Finge iterum legaſſe hoc modo, *Titio centum, quæ mihi debet, lego*, cum Titius nihil deberet, nihil hic item eſſe in legato reſponſum eſt, multumque intereſſe inter falſam demonſtrationem & falſam conditionem ſive cauſam. *d. l.* 75. §. 2. *d. l. legavi.* 25. *verſ. quod ſi ſic.* Nimirum etſi hic centum verbo legata ſunt, revera tamen nihil aliud legatum, niſi liberatio: quo legato hoc continetur, ut ſi heres petat, exceptione removeri, ſi non petat, ultro pulſari poſſit, ut debitorem liberet. *l.* 3. §. 3. *ff. de lib. leg.* Neutri vero horum locus eſſe poteſt, ubi nulla eſt obligatio. 6. Pari ratione ſi teſtator centum, quæ Titius ei debeat, legaverit Sempronio, dicendum eſt inutile eſſe legatum, ſi Titius nihil debeat: quippe nec hic legantur centum, quæ heres det, ſed actio, quam præſtet adverſus Titium: hoc enim legato nominis continetur, ut heres actiones ſuas præſtet. §. *tam autem.* 21. *Inſt. de legat.* nullas vero habere aut præſtare poteſt adverſus eum qui nihil debet: quod Ulpianus in *d. l. ſi ſic legatum.* 75. §. 2. *de leg.* 1. breviter his verbis ſignificat, *eſſe enim debitor debet.* Poſtremo, non obſtat huic ſententiæ, quod Papinianus Sabinum reſpon-

Digitized by Google

ſpondiſſe ſcribit, falſam demonſtrationem non facere legatum. *l. cum tale. 72. §. ult. ff. de cond. & dem.* Neque enim hoc dicimus falſam demonſtrationem facere legatum, ſed non vitiare legatum. Legatum faciunt verba diſponentia, non demonſtrantia. Itaque in ſpecie illic à Papiniano propoſita, *ex centum, quæ Titio legavi, quinquaginta heres Sejo dato*, non Titius, ſed Sejus eſt legatarius, qui ſolus eſt in diſpoſitione, eique quinquaginta debentur non obſtante vitio demonſtrationis. Titio autem, qui in demonſtratione eſt, debetur nihil. *Iul. Pac. cent. 6. quæſt. 44.*

CAP. XXVIII.

An heres ob omiſſam inventarii confectionem amittat quartam, quam vulgo nunc Trebellianicam appellant? Et an ex eadem cauſa amittat legitimam?

LEge duodecim tabularum, licebat teſtatoribus univerſum patrimonium ſuum in legata conſumere, nihil ut heredi relinqueretur præter onus & moleſtiam æris alieni. *l. verbis legis. 120. ff. de verb. ſign.* qua licentia cum teſtatores uſi eſſent, eveniebat plerumque ut ſuprema eorum judicia deſtituerentur, recuſantibus ſcriptis heredibus nullo ſuo aut quam minimo lucro hereditatem adire, atque aliena duntaxat gratia maximis ſæpe oneribus minimeque neceſſariis ſe implicare. Quod cum & ipſis teſtatoribus inutile eſſet, & publice expedire putetur ſupremas hominum voluntates exitum habere. *l. 5. ff. teſtam. quemadm. aper.* viſum eſt ex uſu eſſe reipub. heredes juſto aliquo lucro ad adeundam hereditatem invitari, quo ſuprema judicia conſervarentur. Id quod commode fieri poſſe creditum eſt, ſi libertas illa legandi intra certum modum ac finem cohiberetur: quæ res cum primum lege Furia, dein-

de Voconia tentata eſſet, tandem lege Falcidia perfecta eſt, qua cautum, ne plus legare liceret, quam dodrantem totorum bonorum. *l.* 1. *ff. ad leg. Falcid. pr. Inſt. eod.* Procedente tempore ob eandem cauſam eadem lex producta eſt & ad fideicommiſſarias hereditates, cautumque ſenatuſconſulto Pegaſiano, ut ei qui rogatus eſſet hereditatem reſtituere, perinde liceret quartam partem retinere, atque ex lege Falcidia de legatis retinere conceditur. §. *ſed quia.* 5. *Inſt. de fideic. hered.* Cujus ſenatuſconſulti vim Juſtinianus poſtea transfudit in ſenatuſconſultum Trebellianum, ut jam ex ſolo ſenatuſconſulto Trebelliano reſtituatur hereditas, atque ex hoc eodem ſenatuſconſulto quartam partem heres retineat. §. *ſed quia ſtipulationes.* 7. *Inſt. eod.* Unde interpretes quartam hanc appellaverunt quartam Trebellianicam: quanquam veteres & hanc ipſam vocant quartam Falcidiæ, aut commodum Falcidiæ, nunquam alio nomine, ut videre eſt in *l. coheredi.* 41. §. 3. *ff. de vulg. & pup. ſubſt. l.* 2. §. *ult. ff. de jur. codicill. l. filiusfam.* 18. *pr. l. ſi à me.* 29. *l. in ratione.* 30. §. *tametſi.* 7. *l. lex Falcidia.* 47. §. 1. *l. Titia.* 86. *ff. ad leg. Falcid. l.* 2. *l.* 3. *l. mulier.* 22. §. 2. *l. ſi patroni.* 55. §. 2. *l. deducta.* 58. §. 3. *ff. ad ſenatuſc. Trebell. l.* 1. *l. quanquam.* 10. *& l. ſeq. C. ad leg. Falcid. &c.* Nimirum quia ſenatuſconſulto Pegaſiano non tam nova quarta introducta eſt, quam quarta Falcidiæ producta ad fideicommiſſa univerſalia. Porro lex Falcidia heredis potiſſimum cauſa lata fuit, ejuſdemque etiam gratia tracta ad fideicommiſſa hereditatis. *l. poteſt heres.* 71. *l. Titia.* 86. *in fin. ff. ad leg Falcid. junct.* §. *ſed quia.* 5. *Inſt. de fideic. hered.* cui conſequens, ut nec teſtator teſtamento ſuo prohibere potuerit, ne heres commodo Falcidiæ uteretur. *l. quod bonis.* 15. §. 1. *ff. ad leg. Falcid. l.* §. *inde Neratius.* 19. *ff. ad ſenat. Trebell. l. ſi ut allegas,* 11. *C. ad leg. Falcid.*

Primus

Primus Juſtinianus Falcidiæ locum eſſe noluit, ſi teſtator expreſſim vetuerit heredem ea uti. *Nov.* 1. *c.* 2. *in fin.* unde ſumpta *auth. ſed cum teſtator. C. ad leg. Falcid.* Idem Imperator jam ante caverat, ut etiam heres, qui inventarium facere neglexiſſet, beneficio legis Falcidiæ privaretur. *l. ult.* §. *pen. C. de jur. delib.* quod & repetit *d. Nov.* 1. *c.* 2. §. 1. Quæ Juſtiniani conſtitutiones occaſionem præbuerunt interpretibus quærendi, an quæ Imperator illic cavet circa quartæ Falcidiæ prohibitionem & amiſſionem, etiam pertineant aut trahi debeant ad quartam quam vocant Trebellianicam, ut & hujus detractionem teſtator poſſit prohibere, & heres quoque commodum ejus non confecto inventario amittat. Quæ forte quæſtio ab illis mota non fuiſſet, ſi id, quod modo diximus & demonſtravimus, obſervaviſſent, nunquam alio nomine veteribus quartam ſenatuſconſulti appellatam, quam Falcidiæ. Ex eo enim didiciſſent appellatione Falcidiæ etiam quartam ſenatuſconſulti contineri, nec improprie, ut illi, ſed proprie, ſi uſus proprietatem ſpectemus, non vocis. Ac proinde poſitis terminis habilibus, atque in dubio ubi nulla expreſſim differentia conſtituitur inter quartam, quam heres de ſingulis rebus detrahit, & quam retinere poteſt ex fideicommiſſo hereditatis, quicquid de Falcidia jure cavetur, ex æquo ad utramque Falcidiam pertinere. Atque omnino veriſimile eſt, Juſtinianum perpetuum omnium auctorum juris uſum ſecutum utramque quartam uno Falcidiæ nomine comprehendiſſe. Nunc vero tametſi crebrius eo itum eſt, atque id paſſim uſu receptum, ut etiam detractio quartæ ſenatuſconſulti ex auctoritate *d. Nov.* 1. *c.* 2. expreſſe prohiberi poſſit, propter communem rationem prohibitionis permiſſæ, quæ hæc eſt, ut impleatur defuncti voluntas. *Gomez lib.* 1. *reſol. c.* 5. *n.* 11. *Clar.* §. *teſtamentum. quæſt.* 62. *Mantic. lib.* 7. *de conject. ult. vol. tit.*

 11. &

11. *& ſeq. Everh. in top. loc.* 34. *Gudelin. lib.* 1. *de jur. nov. c.* 1. *Perez. par. C. ad ſenat. Trebell. n.* 20. *Grot. lib.* 2. *introd. cap.* 20. *Gail.* 2. *obſ.* 138. *n.* 15. *Groenew. de leg. abrog. ad d. auth. ſed cum teſtator.* Tamen ob inventarium non confectum major pars DD. cenſere dicitur heredem non amittere quartam Trebelliani, & ſecundum hoc ſæpiſſime judicatum eſt. *Clar. d.* §. *teſtamentum. quaſt.* 63. *deciſ. Cur. Holland.* 3. *Gail. d. obſ. n.* 3. *&* 6. *Mynſing.* 3. *obſ.* 60. *Chriſtin. vol.* 1. *deciſ.* 317. *& vol.* 4. *deciſ.* 51. *Perez. in Cod. de jur. delib. n.* 14. *Fach.* 4. *contr.* 38. *Groenew. ubi ſupra.* Quod profecto mirum eſt: nam & amiſſionis quartæ Falcidiæ ob non confectum inventarium eadem ratio eſt in herede fiduciario, quæ in herede Falcidio, violenta nimirum præſumptio fraudis & ſubtractionis rerum ab herede factæ, ob quam cauſam hanc pœnam eum luere vult Juſtinianus, ποινὴν, ut ipſe loquitur, τῆς ἑαυτοῦ κακουργίας, διότι παρέβη τὸν νόμον. quæ præſumptio proinde abſoluta eſt, juriſque & de jure. Aut igitur heres fiduciarius non tenetur inventarium facere; aut ſi tenetur, quod in confeſſo eſt, ſi non fecerit, dignus erit qui eadem pœna malignitatis ſuæ & παραβάσεως multetur: & alioqui liberam habebit graſſandi in hereditate facultatem. Sed & in *d. Nov.* 1. *c.* 1. *in pr.* etiam de heredibus fiduciariis & fideicommiſſariis univerſalibus Juſtinianus agit, ad quos proinde & ſequentia recte referuntur, & quod in *d. c.* 2. §. 1. *ejuſd. Nov.* traditur de citatione fideicommiſſariorum, etiam ad univerſales, quorum præcipue intereſt, pertinet. At, inquiunt, leges correctoriæ non ſunt extendendæ, odia reſtringenda, &c. Cur igitur, inquam, ex eo quod Juſtinianus teſtatori permiſit prohibere detractionem quartæ Falcidiæ, inferunt etiam conceſſum eſſe teſtatori prohibere retentionem Trebellianicæ? Quinetiam ipſi DD. communiter, poſt Gloſſam in & per

Digitized by Google

per text. *c. 5. Nov.* 118. admittunt etiam legis novæ & correctoriæ, rationem correctionis exprimentis, extenſionem fieri poſſe ob identitatem, ut loquuntur rationis. *Gomez ubi ſupra n.* 11. & ibi citati. Denique nulla in propoſito fit extenſio, ſi veterum loquendi conſuetudinem, ut ante probavimus, ſpectemus. Atque hæc ſententia, refragante licet Diod. Tulder. *comm. ad Inſt. tit. de legat. c.* 3. qui nec à teſtatore prohiberi poſſe quartæ ſenatuſconſulti detractionem contendit, mihi veriſſima videtur: quam etiam ſequitur *Præſ. Everb. d. loc. n.* 5. *Gudelin. d. c.* 11. *Charond. lib.* 13. *reſponſ.* 68. *Ant. Fab. Cod. for. ad ſen. Treb. defin.* 5. *& de jur. delib. defin.* 23. Cacheranus *deciſ. Pedemont.* 147. ſupra ſexaginta Doctores hujus ſententiæ aſſertores citat. Excipiunt vero liberos primi gradus; quoniam nec his prohiberi poteſt deductio quartæ Trebelliani, per *l.* 6. *C. ad ſenat. Trebell.* In quo tamen & ipſo inſignis & non unus error eſt. Primum, quod firmamentum hujus exceptionis ponunt in *d. l.* 6. quæ Zenonis eſt, cum ante conſtitutionem Juſtiniani in *d. Nov.* 1. *c.* 2. nec in extraneis Falcidiæ aut Trebellianicæ deductio prohiberi potuerit. Secundo, quia illa exceptio non eſt de regula: nam reſpicit tantum liberorum legitimam, quæ eis ne nunc quidem ſine juſta cauſa auferri poteſt: admiſſa vero duplici in liberis detractione, de qua agimus quæſtione ſequenti, quin detractio Trebellianicæ, in qua non liberorum, ſed cujuſvis alterius heredis jure cenſentur, iis prohiberi poſſit, nullus dubito. Tertio, quod ſolos liberos & primi gradus excipiunt, cum excipiendi ſint omnes, quibus legitima relinqui debet, quique ea non relicta de inofficioſo queri poſſunt, proinde parentes quoque, item fratres ac ſorores conſanguinei rogati hereditatem reſtituere turpi perſonæ. Poſtremo, quod eandem exceptionem ponunt etiam ubi liberi heredes Falcidii aut Trebellianici inventarium facere ne-

glexerunt: de quo mox ex profeſſo. Plane ſi heres pure rogatus hereditatem reſtituere, eam ſtatim quoque reſtituerit, poterit excuſari, eo quod ideo videatur omiſiſſe confectionem inventarii, quia id onus jam non ad ſe, ſed ad fideicommiſſarium pertinere exiſtimavit.

Proxima ſuperiori quæſtio eſt, an liberi ex cauſa non confecti inventarii amittant legitimam? Qui negant extraneum heredem ob non confectum inventarium amittere Trebellianicam, iidem non potuerunt non negare liberos ex eadem cauſa amittere legitimam. Sed tamen & qui affirmant ex ea cauſa extraneos amittere Trebellianicam, negant tamen liberos amittere legitimam. Et quamvis explorati juris ſit, hanc eſſe pœnam heredis inventarii confectionem omittentis, quod privetur quarta Falcidiæ, tamen ob eandem cauſam liberos non privari legitima longe pars maxima Interpretum pro comperto habet. *Gail. 2. obſ. 138. n. 14. Fachin. lib. 4. controv. c. 34. Chriſtin. vol. 1. deciſ. 317. n. 6. & ſeqq. Ant. Fab. Cod. ſuo for. de jur. deliberand. defin. 23. & ad ſenat. Trebell. defin. 5.* ubi in notis ait, neminem dubitare, quin liberis ſalva maneat retentio legitimæ, etiamſi inventarium facere neglexerint. Sed tamen non unus eſt, qui contrarium docuit, *Salicet. in auth. ſed cum teſtator. C. ad leg. Falcid. & in l. ult. §. ſi quis autem. n. 4. C. de jur. delib. Sarmient. lib. 2. ſelect. interp. c. 7. Covar. in c. ſi heredes. 10. ext. de teſtam. Cacheran. deciſ. 148. à num. 1. uſque ad.* 6. & inter alios quoque *Cujac. in expoſ. d. Nov. 1.* eamque ſententiam etiam probatam fuiſſe viro clariſſimo D. Petro Cunæo beatæ memoriæ Collegæ quondam meo, in poſterioribus ejus curis manuſcriptis comperi: & veram eſſe ipſe quoque exiſtimo. Enimvero ſi quæſtio ita, uti potius oportebat, proponeretur, an etiam in liberis ob inventarium non confectum locus eſſet præſumptioni

ni κλοπῆς & κακουργήματος, quod hereditas fuerit ſolvendo, & ſi nihil ſurripuiſſent, μηδὲν ἐκκακουργῆσαι, quod legatis & fideicommiſſis exolutis ſatis adhuc ad quartam Falcidiæ aut legitimam iis ſupereſſe appareret; neſcio an multi hoc negaturi ſint: nam ſane cum Juſtinianus in *d. Nov.* 1. *c.* 2. ſimpliciter & ſine ulla heredum diſtinctione loquatur, eam ad heredes extraneos reſtringere difficile eſt. Quin idem Imperator in *l. ult.* §. 1. §. 2. *&* §. *ſin vero. C. de jur. delib.* diſerte loquitur tam de ſuis heredibus ſe immiſcentibus, quam de extraneis adeuntibus. Et cum utique etiam liberi inventarium facere teneantur, fieri nequit, ut eo omiſſo non in eandem quoque pœnam propter præſumtionem, quam diximus, cum cæteris incidant, ut & Falcidiæ beneficio priventur, ſolidaque legata & fideicommiſſa præſtare debeant, etſi vires excedant patrimonii. Si igitur tenentur de propria ſubſtantia πληρῶσαι, complere legatarios & fideicommiſſarios *d. Novell.* 1. *c.* §. 2. *in pr.* quis color hic prætexi poterit deductioni aut retentioni ſive Falcidiæ ſive legitimæ? Unam enim in liberis jure civili atque eandem portionem hæ duæ hic efficiunt: unde & ipſa legitima à Papiniano & Ulpiano Falcidia appellatur in *l. Papinianus.* 8. §. *meminiſſe.* 14. *in fin. ff. de inoff. teſtam.* ut & ab ipſo Juſtiniano in *l. quæ nuper.* 31. *C. de inoff. teſtam.* atque aucta legitima etiam Falcidia in liberis aucta intelligi debet. *Govean. lib.* 2. *var. lect. c.* 1. *Cujac. ad Nov.* 18. *c.* 1. Quid quod poſita ſuperiore προλήψει, quam probavimus eſſe juris & de jure, non tam amittunt liberi legitimam, quam eam integram jam habere præſumuntur. Non magni itaqne momenti ſunt, quæ objiciuntur: qualia quod legitima debeatur tanquam æs alienum; quod nullum recipiat onus aut gravamen; quod non niſi ex cauſis, quæ de inofficioſo querelam excludunt, amittatur. Nam proprie loquendo legitima non eſt debitum,

 ac ne

ac ne naturale quidem, quamvis ita propter certos effectus vocetur in *l. ſcimus.* 36. §. 2. *C. de inoff. teſtam. l. un. in pr. C. de impon. lucrat. deſcript.* & adita non confecto inventario hereditate confunduntur actiones, hereſque quod ſibi à defuncto debetur, amittit. *l. ult.* §. *in computatione.* 9. *C. de jur. delib.* nec querela datur, niſi præteritis aut exheredatis: denique nec ex cauſa ingratitudinis aut inobedientiæ hanc ſententiam defendimus, ſed ex ſupradicta ratione legis præſumentis inventarium non facientes ipſos ſibi ſatis proſpexiſſe: niſi quis exiſtimet, quod humanum videtur, hanc præſumptionem contra liberos non eſſe tam vehementem, quin per rei veritatem elidi poſſit, ſi forte ipſi liberi, quibus jure naturæ deberi legitima dicitur, hereditatem non eſſe ſolvendo doceant; maxime cum legatarii & fideicommiſſarii certent de lucro captando: quo inclinare videtur Bachovius ad *Treutl. vol.* 2. *diſp.* 12. *theſ. penult.*

CAP. XXIX.

Filius hereditatem reſtituere rogatus quo jure duplici deductione utatur? & quid hic uſu receptum?

VEriſſima ſententia eſt, filium hereditatem reſtituere juſſum jure civili unica deductione ſive legitimæ ſive Trebellianæ portionis contentum eſſe debere: atque oppido quam alienum eſt à ratione juris civilis, quod de duplici detractione jure Pontificio cautum eſt in *c. Raynutius.* & *c. Raynaldus. ext. de teſtam.* Rationes hæ ſunt. Primum, quia harum portionum hoc proprium eſt, ut una in alteram imputetur, & conſequenter altera alteram conſumat. *l. ſi mulier.* 22. §. 2. *ff. ad SC. Trebell. l. in quartam.* 91. *ff. ad leg. Falcid. junct. l. ſi quando.* 35. §. 2. *C. de inoff. teſtam. l.* 8. §. *ſi quis.* 15. *ff. eod.* 2. Quia alias eadem ratione etiam quartam Falcidiæ de lega-

legatis & fideicommiſſis ſingularum rerum, & ſimul legitimam filius heres inſtitutus detrahere deberet: quod tamen nemo dixit, quanquam id tentat Zypæus apud *Chriſtin. vol. 1. deciſ. 245. n. 12.* ſed arg. juris in *d. c. Raynutius.* conſtituti. 3. Quia ſic heres fideicommiſſarius non niſi ſemiſſem hereditatis, & nonnunquam etiam minus conſequeretur, nempe eo caſu, quo propter numerum liberorum ipſa legitima eſt ſemis. 4. Quia ubi ex alia lege portionis alicujus fit deductio, lex Falcidia & ſenatuſconſultum ceſſant. *l. 1. §. pen. ff. ſi cui plus quam per leg. Falcid. l. Papinianus. 8. §. 9. 11. & §. ſi quis. 15. ff. de inoff. teſtam.* 5. Quia teſtatoribus omnibus jure civili conceſſa eſt libera poteſtas diſponendi de dodrante totorum bonorum. *l. 1. ff. ad leg. Falcid.* & parentibus utique aucta poſtmodum quantitate Falcidiæ ſeu legitimæ in liberis, de beſſe aut ſeptunce. 6. Per textus expreſſos in *l. coheredi. 41. §. 3. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit. l. 6. C. ad ſenat. Treb. l. liberto. 21. §. 2. ff. de ann. legat. l. filium. 24. C. fam. erciſc. l. quanquam. 10. C. ad leg. Falcid.* quibus omnibus locis in terminis noſtris quadrante duntaxat retento dodrans reſtituitur. Denique ipſe Juſtinianus *Nov. 1. c. 1. §. 1.* ſatis aperte ſolius legitimæ deductionem liberis oneratis concedit. Eſtque veritatis hujus ſententiæ tanta evidentia, ut & veterum interpretum multi, *Ioan. Gloſſat. Cynus, Bart. Bald. Fulgoſ. Iaſon*, &c. ipſaque Gloſſa in *d. c. Raynutius.* & recentiores fere omnes, non modo Hotomannus *quæſt. illuſtr. 4.* Donellus *lib. 7. comm. c. ult.* Bachov. *ad Treutl. vol. 2. diſp. 14. theſ. 2.* ſed etiam Pontifici Romano addicti, Goveanus in *l. 1. ff. ad leg. Falcid. n. 9. & 10. Cujac. 8. obſerv. 3. Gail. 2. obſ. 121. n. 4. Ant. Fab. dec. 11. err. 7. & Cod. forenſ. de codicill. defin. 7. Tulden. in Cod. ad ſenat. Trebell. n. 4. Perez. ad Cod. eod. tit. n. 11.* veram eam eſſe ultro fateantur, Pontificeſque Innocentium &

Digitized by Google

Gregorium, excuſent, quod ſecuti communem interpretum errorem, ſecus conſtituerint. Pauci vero admodum ſunt ex neotericis, qui etiam juri civili convenire conſtitutionem Pontificiam contendunt, atque inter hos facile primas tenet And. Fachinæus *lib. 5. controv. c. 2.* Cæterum ille in hoc ab aliis, *Anton. Contio lib. 1. diſp. jur. civil. Peregrino tract. de fideicomm. art. 3. n. 5.* diſcrepat, quod ingenue fatetur duplicem illam detractionem legitimæ ſimul & Trebellianicæ non convenire juri Digeſtorum aut Codicis, eamque tantum defendit quaſi conſentaneam juri noviſſimo, conſtitutioni videlicet Juſtiniani *Nov. 39. c. 1.* cæteri vero quaſi convenientem & juri antiquiori. Horum argumenta cum jam dudum à doctis viris pleniſſime confutata ſint, & noviſſime à nobiliſſimo & cl. viro D. Jac. Mæſtertio, Collega noſtro *lib. 2. de juſt. leg. Rom. c. 48.* nos eorum ſummam duntaxat colligemus, breviterque ſingulis reſpondebimus; deinde nobis res erit cum D. Fachinæo.

Aiunt igitur, cum duæ iſtæ quartæ ex diverſo jure promanent, legitima ex jure naturæ, Trebellianica ex ſenatuſconſulto, alteram alteri obeſſe non oportere; quemadmodum nec prælegata imputantur in Falcidiam, ſed heres & ea ex beneficio teſtatoris, & Falcidiam ex legis auctoritate obtinet. 2. Quod legitima detrahatur tanquam à filio, Trebellianica tanquam ab herede; nihil autem abſurdi ſit, unum & eundem duplicem ſuſtinere perſonam, & inde duplex commodum capere. *l. ſi tutorem. 22. ff. de his quæ ut indign.* 3. Quod novum non eſt, ut duplex deductio eſt gemina deducendi cauſa concedatur. *l. quotiens. 67. ff. ad leg. Falcid.* 4. Argumentum ducunt ex *l. 3. §. 2. ff. eod.* ubi duplex deductio permitti videtur Falcidiæ & Trebellianicæ. 5. Quod æs alienum non imputetur in quartam. Ad primum reſpondeo, id non procedere,

quando

Digitized by Google

quando utrumque ejus naturæ eſt, ut unum alterum excludat. *l. 34. ff. de O. & A.* Deinde imputari in Falcidiam, quicquid heres jure hereditario capit; quo jure in propoſito filius legitimam conſequitur; in Trebellianicam, de cujus detractione hic diſputamus, etiam quod jure legati aut fideicommiſſi. *l. in quartam. 91. ff. ad leg. Falcid. l. mulier. 22. §. 2. ff. ad ſenat. Trebell.* ſicut & in legitimam. *l. 8. l. ſi quando. 35. C. de inoff. teſt. §. ult. Inſt. eod.* Ad ſecundum reſpondemus ex *l. 8. §. ſi quis. 15. ff. de inoff. teſt. & l. 1. §. pen. ff. ſi cui plus quam per leg. Falc.* ubi itidem unus & idem duas perſonas ſuſtinet, & tamen una duntaxat quarta deducitur. Hoc tantum inde ſequitur, filium optionem habere utro jure alterutrum conſequi velit. Quid quod nec verum illud eſt, quod aiunt, filium in propoſito duplicem ſuſtinere perſonam: nec enim aliter hic conſiderari poteſt, quam ut à patre heres inſtitutus, quamvis oneretur fideicommiſſo. Ad tertium, unam tantum quartam in ſpecie *l. 67. ff. ad leg. Falcid.* deduci, heredemque partem retinere ſuo jure, partem vitio legatarii. Ad quartum, in caſu *l. 3. §. 2. ff ad ſenat. Trebell.* duplicem quidem deductionem fieri, unam de legatis, alteram de fideicommiſſo, ſed quæ ſi aſſem ſpectamus, unius tantum quadrantis deductio eſt. Ad quintum, quod legitima neque eſt in bonis filii, neque filio ut æs alienum debetur; alioqui neque per exheredationem ea privari poſſet. Quin nec debitum eſt naturale: nullam enim certam portionem in bonis parentum filius natura definivit: ſed improprie tantum ita vocatur propter varia privilegia, quibus Imperatorum conſtitutionibus donatur, & quia liberis non niſi ex graviſſimis cauſis ea adimi poteſt. Solum autem verum debitum heres ſeorſum deducere poteſt, idque demum novo jure ei conceſſum, & non niſi confecto inventario ſecundum conſtitutio-

nem

nem Juſtiniani in *l. ult.* §. *in computatione.* 9. *C. de jur. delib.* Jam videamus quid ex noviſſimo jure pro tuenda illa duplici detractione afferat D. Fachinæus. Ille ex *Nov.* 39. *c.* 1. ſic argumentatur: Quod filius reſtituere juſſus eſt, de eo illic poteſtas ei ſit detrahendi quartam ex auctoritate ſenatuſconſulti: at hoc tantum quod legitimam excedit, juſſus eſt reſtituere; quia legitima fideicommiſſo gravari nequit, &c. Reſpondeo verbis teſtatoris hereditatem reſtitui rogantis etiam legitimam, ut ipſius hereditatis portionem contineri, & legibus ſatisfieri, ſi legitimam filius quoquo modo ſalvam habeat. Nam nec ante illam Juſtiniani conſtitutionem legitima fideicommiſſo onerari potuit; ſed hoc ſcilicet effectu non potuit, ut filius ea vel parte ejus privaretur. Sic olim nec Falcidia nec Trebellianica fideicommiſſo gravari potuerunt, quæ tamen portiones ſunt hereditatis, & quod dicitur legitimam non recipere ullum onus, accipiendum eſt de onere quod ex diſpoſitione teſtatoris proficiſcitur. *l.* 32. *C. de inoff. teſt.* non de eo quod ex ipſo jure hereditario exurgit, de quo vide *quæſt.* 22. *lib.* 1. Quin potius ex illa ipſa *Nov.* 39. *c.* 1. recte colligas, non poſſe filium plus quam portionem legitimam deducere, quia excipitur tantum caſus unus favorabilis, nempe ſi legitimæ deductio non ſufficiat ad juſtum dotis vel antenuptialis donationis modum: ultra vero quam ſatis ſit, quicquam deduci non permittitur. *auth. res quæ. C. comm. de legat.* Inſtat tamen Fachinæus, & hoc præcipuè urget, quod legitima illic ipſo jure videtur eximi fideicommiſſo, nempe ut id intra beſſem conſiſtat; cujus proinde delibatio ex ſenatuſconſulto recte fiat: quippe quod non minus ſuffragetur partem reſtituere rogato, quam totum aſſem. Reſpondentibus autem hoc obtinere in eo, qui tantum partem illam accepit, reliquo in coheredes diſtributo, reponit filium ex providentia

legis,

legis, non ex judicio patris, legitima potiri: ea vero demum in quadrantem Trebellianum imputari, quæ ex teſtamento obtinentur. At, inquam, ſi illud argumentum vim ullam haberet, etiam jam olim valere debuit. Deinde facile probatu eſt in caſu propoſito legitimam ex teſtamento, jureque hereditario ad filium pervenire: quoniam in caſu filii inſtituti legitima hereditatis pars eſt, quæ non abſorbetur fideicommiſſo; quippe quod intra beſſem conſiſtit, ut ipſe fatetur Fachinæus: & præſumendum eſt teſtatorem voluntatem ſuam ſubmiſiſſe auctoritati juris. Et quid quod alioqui filius vi ipſa à tota hereditate videbitur excluſus, quod neſcio an quiſquam adhuc dixerit. Non movet, quod dos filiæ hereditatem reſtituere rogatæ non imputetur, quoniam non eſt in hereditate patris, ut reſpondet Papinianus in *l. pater filiam*. 14. *ff. ad leg. Falcid.*

Quod alterum membrum noſtræ quæſtionis attinet, lippis & tonſoribus notum eſt, jus illud duplicis detractionis, legitimæ ſcilicet & Trebellianicæ, jure Canonico liberis univerſali fideicommiſſo gravatis conceſſum in foro & judiciis ubique receptum eſſe. Cæterum hæc adhuc incerta ſunt. 1. Utrum illud jus tantum obtinere debeat in liberis primi gradus, an vero & in liberis graduum inferiorum. 2. An id obtineat in liberis fideicommiſſo puro gravatis, quod ſtatim reſtituendum eſt: an vero in gravatis fideicommiſſo conditionali aut in diem duntaxat. 3. An etiam obtineat, quando legitima liberorum excedit trientem. Quantum attinet ad primum dubium, And. Gailius *lib.* 2. *obſ.* 133. *n.* 4. jus duplicis detractionis, tanquam ex communi opinione, reſtringendum putat ad liberos primi gradus, motus argumento *l. jubemus*. 6. *C. ad ſenat. Trebell.* ubi Zeno liberis primi gradus, filius aut filiabus heredibus inſtitutis & hereditatem reſtituere

rogatis

rogatis hoc beneficium concedit, ut ne cogantur fructus perceptos imputare in quartam Trebelliani; quod ad nepotes aut ulteriores ab avo vel proavo inſtitutos & ſimiliter gravatos non pertineat: quam ſententiam etiam probaſſe videtur ſupremus Hollandiæ ſenatus *deciſ.* 9. expreſſe eam probavit *Curia Friſ. apud. Ioan. à Sande lib. 4. tit. 7. defin. 6.* & ſenatus Sabaudiæ. *Ant. Fab. C. forenſ. lib. 6. tit. 27. defin. 4.* Cæterum etſi vera quidem eſt hæc ſententia in nepotibus, quibus non debetur legitima, ſive quos pater, ex quo nati ſunt, præcedit, & efficit, ne avo ſint gradu proximi: nulla tamen profecto ratio eſt, cur non idem jus quod filio competit, ſummoto filio concedatur nepoti, qui jam proximum ab avo, & primum in ſuo ordine gradum obtinet, idemque plane juris in bonis avi habet, quod pater, in cujus locum ſucceſſit, habiturus fuiſſet, ſi vixiſſet, in bonis patris ſui, idque jure utroque & Canonico & Civili. Atque omnino eodem quoque modo accipienda & temperanda eſt illa modo memorata Zenonis conſtitutio. *Pet. de Bellapert. in d. l. jubemus.* & plures alii allegati apud *Sande d. loc. defin. 6. Grav. 2. concl. 121. n. 6.* & ita cenſuit Curia Hollandiæ *deciſ. 17. ſub fin.*

Secundum dubium peperit doctrina Gloſſæ in *l. 8. §. meminiſſe. 14. ff. de inoff. teſt.* diſtinguentis inter fideicommiſſum purum, quod illico reſtituendum eſt, & conditionale vel in diem, quod non ſtatim in reſtitutionem venit: nempe priore caſu filium unum tantum quadrantem, ſive legitimum, ſive Trebellianum deducere; poſteriore utrumque, legitimum ſtatim, ut natura ſibi debitum, Trebellianum, ut quemlibet extraneum ex auctoritate ſenatusconſulti: quam diſtinctionem Bartolus in *l. quanquam. 10. C. adv. leg. Falc. & DD. comm. in l. 6. C. ad ſen. Trebell.* ſecuti ſunt, ut & *Covar. in d. Raynutius. Gail, 2. obſ. 121.* & ſenatus Sabaudiæ apud

Ant.

Ant. Fab. Cod. ſuo for. de codicill. defin. 7. Rationem hanc afferunt, quod duæ deductiones eodem tempore concurrere nequeunt, & ideo cum fideicommiſſum purum eſt, una alteram impediat: cui & hanc addit Ant. Faber, non tamen ex ſua, ſed ex ſenatus Sabaudici ſententia, quod eo caſu dici non poſſit, utra prior deduci debeat. At cum ſub conditione vel in diem filius gravatus eſt, ſtatim ut filius deducit legitimam: ſed demum exiſtente conditione, aut veniente die, deducit Trebellianicam, non ut filius, ſed ut quilibet heres extraneus hereditatem alteri reſtituere rogatus. Ego vero ſæpe miratus ſum hanc diſtinctionem cuiquam probari potuiſſe: quippe quæ nulla auctoritate, & ratione tam futili nitatur. Quin potius ex contrario filio rogato pure hereditatem reſtituere duplex permittenda detractio, quia durius gravatur, quam rogato ſub conditione aut in diem, qui interim commodum hereditatis ſentit, nec fructus perceptos quadranti ſenatuſconſulti imputat. *l. 6. C. ad ſenat. Trebell.* Quamobrem recte conſilium Mechlinienſe in arreſto reviſionis, rejecta illa Gloſſæ & Bartoli diſtinctione, cenſuit, liberos non minus pure, quam ſub conditione aut in diem hereditatem reſtituere rogatos utrumque commodum deducere poſſe juxta *dd. cc. Raynutius, & Raynaldus.* in quam ſententiam extat & arreſtum præfecturæ Pariſienſis apud Ann. Robertum *lib. 4. rer. jud. c.* 17. eamque & Curia Hollandiæ ſecuta eſt *deciſ.* 17. & Curia Friſiæ, apud *Sande lib. 4. tit. 7. defin.* 4. De tertio quid ſtatuendum ſit, adhuc minus liquet. Equidem Baldus *lib. 2. conſ.* 94. ex facto conſultus reſpondit, ubi legitima portio pro numero liberorum eſt ſemis, non duplicem portionem, ſed unam tantum, nempe legitimam detrahi, adjecta hac ratione, ne plus ex hereditate capiat, qui eam reſtituere juſſus eſt, quam is cui ea eſt reſtituenda; plus is qui gravatus eſt, quam qui honoratus. Baldusq

dum ſecutus eſt Decius *conſil.* 228. *ſub. fin.* item *Covar. in d. c. Raynutius.* §. 11. *n.* 6. ubi ait & Molinæum huic ſententiæ ſubſcribere *lib.* 7. *conſ.* 3. Sed & uſu ita ſervari videtur innuere Anton. Faber *error. pragm. dec.* 11. *c.* 9. ubi aſſerit pragmaticos, ſive legitima ſit triens, ſive ſemis pro numero liberorum, ſemper ita ſtatuere, ut ſi quis ex liberis portionem, quam ab inteſtato habiturus eſſet, juſſus ſit reſtituere, hereditas æquis partibus inter heredem gravatum & fideicommiſſarium dividi debeat. Atque ita quoque ſupremum apud nos ſenatum aliquando judicaſſe accepi. Alii tamen contra ſtatuunt, nempe liberos gravatos, quo caſu legitima eorum ſemis eſt, deducere poſſe ſeptuncem cum ſemuncia. *Cravett. conſ.* 54. *Cagnol. ad l. Papin.* 8. §. *meminiſſe.* 14. *ff. d. inoff. teſt. Theſſaur. deciſ. Pedemont.* 252. *Ioan. à Sande deciſ. Friſic. lib.* 4. *tit.* 7. *deciſ.* 7. *Fachin. lib.* 5. *contr. cap.* 3. ubi & hanc ſententiam communem aſſerit; uti & *Grav. d. concl.* 121. *conſid.* 1. *n.* 2. & 3. qui etiam plures allegat. Atque eo quoque inclinare videtur *Chriſtin. vol.* 1. *deciſ.* 245. *n.* 7. & *deciſ.* 315. *in fin.* quanquam nihil definit. Et poſterior hæc ſententia probabilior eſt, ſi verba ſive rationem conſtitutionis Pontificiæ in *d. c. Raynutius*, conſideremus. Nam & ſine ulla reſtrictione numeri liberorum gravatis duplicem detractionem concedit, legitimæ & Trebellianicæ: & ideo concedit, quia altera illis ut liberis debetur, alteram etiam quilibet extraneus reſtitutione gravatus deducit. Nec magis abſurdum eſt, v. c. quinque liberos nomine legitimæ plus detrahere, quam quatuor aut pauciores, quam abſurdum eſt iis nomine legitimæ plus deberi; nec quinque liberos ſimul paulo plus, pro favore tam copioſæ ſobolis, ex bonis parentum conſequi, quam extraneum forte unum, cui reſtituenda hereditas. Sunt qui & ad parentes id jus producunt, ut & ipſis hereditatem rogatis reſtituere,

duas

duas quartas detrahere liceat. Vid. *Vaſq. tom. 2. de ſucceſſ. progreſſ. lib. 3.* §. 26. *n.* 36. *Grav. d. concl.* 121. *conſid.* 2. *n.* 6. ſed cur igitur non etiam ad fratres idem producunt rogatos hereditatem reſtituere turpi perſonæ: nam & illi exheredati aut præteriti hoc caſu de inofficioſo agere poſſunt? Vid. *Cravett. conſ.* 10.

CAP. XXX.

Vtrum fratrum filii, quando ſoli ſunt, in ſtirpes, an in capita ſuccedant?

QUæſtio hæc à multis tractata eſt; ſed neſcio an ab ullo ita, ut nihil amplius deſideres, & qui ſcrupulum omnem penitus exemerit. Jure veteri certum eſt fratrum filios in capita non in ſtirpes ſucceſſiſſe. *l.* 2. §. 2. *de ſuis & leg. her.* nec de hoc jure quicquam mutatum conſtitutionibus poſteriorum Imperatorum, ac ne Juſtiniani quidem in Codice *l. pen. & l. ult.* §. 3. *C. de legit. hered.* §. *hoc etiam.* 4. *Inſt. de leg. agn.* Nec mirum, quia & nunquam jure repræſentationis veniebant, ut cum thiis ſuis concurrerent, aut patruos excluderent defuncti, ejuſve fratres licet ex uno parente duntaxat conjunctos, niſi prærogativa agnationis: non enim cognatis, ſed agnatis proximis lege deferebatur hereditas. *l.* 2. §. *legitima.* 4. *ff. de ſuis & legit. hered.* §. 1. *Inſt. de leg. agn. ſucc.* quam agnationis prærogativam demum penitus ſuſtulit Juſtinianus *Nov.* 118. *c.* 4. unde ſumptæ authenticæ, quas Irnerius *tit. C. de legit. her.* inſeruit. Eadem autem Juſtiniani conſtitutio cauſam dedit quæſtioni, quam hoc loco tractandam ſuſcepimus. Sic igitur ille in *c.* 3. *d. Nov.* 118. tertium ſuccedentium ab inteſtato ordinem, id eſt, lateralium, ſublato veteri agnationis & cognationis diſcrimine, diſponit.

Primum in hac ſucceſſione locum obtinere vult fra-

fratres ſororeſque germanos ſive ex utroque latere conjunctos, cum quibus tamen admittit & fratrum eorum defunctorum filios jure repræſentationis, ut tantam partem ferant, quantam pater eorum habiturus fuiſſet: & quamvis ſoli ſint, eos tamen vult præferri defuncti thiis, atque adeo fratribus ex uno tantum latere defuncto conjunctis; quemadmodum pater eorum, ſi vixiſſet, non tantum thios defuncti, ſed etiam eoſdem defuncti fratres, tam conſanguineos, quam uterinos vi ejuſdem conſtitutionis excluſiſſet. Omnia contra rationem juris veteris, quo jure fratres conſanguinei idem jus habent, quod germani, & ad patruos æque ut ad fratrum filios legitima hereditas pertinet, nec non ad avunculos æque ac ad filios ſororum honoraria. *l. 1. §. antepen. & pen. l. 2. §. 4. de ſuis & leg. her. l. 1. §. pen. ff. unde cogn.* Poſt fratres germanos eorumque demortuorum filios ad hereditatem vocat fratres defuncti ex altero tantum parente conjunctos, conſanguineos & uterinos, unaque cum iis eorum præmortuorum filios in ſtirpes. Quod ſi neque fratres neque filios fratrum defunctus reliquerit, tunc admittit collaterales cæteros, & tam ex uno latere, quam ex utroque cognatione junctos. Quo autem quiſque proximior eſt, ita alterum vult excludere: & ſi plures ſint ejuſdem gradus, in capita familiam erciſci. Hinc, inquam, nata eſt propoſita quæſtio, Utrum fratrum filii, quando ſoli ſunt, ſeu quando non concurrunt cum thiis ſuis, id eſt, patruis aut avunculis, in ſtirpes ſuccedere debeant, ut ſi unus è fratribus filios pauciores, unum forte aut duos; alter plures, quatuor puta aut quinque reliquerit, hi quatuor aut quinque non majorem partem conſequantur, quam ille unus aut duo; an vero in capita, ut in tot partes hereditas dividatur, quot ſunt perſonæ ſuccedentium? Azo cenſuit eos in capita ſuccedere; Accurſius in ſtirpes. Azonis ſententia vi ipſa uni-

unico tantum defenditur argumento, nempe quod ea & juri veteri, & poſterioribus quoque conſtitutionibus conſentanea ſit, nec oſtendi poſſit Juſtinianum quicquam in caſu propoſito innovaſſe. Accurſius eumque ſecuti prius fatentur, poſterius negant, & in hac quoque parte jus vetus à Juſtiniano mutatum contendunt, moti variis rationibus. Sic enim illi primo argumentantur. Qui jure repræſentationis ſuccedunt, non aliter ſuccedere poſſunt, quam in ſtirpes, cum non amplius capere poſſint, quam is, cujus perſonam repræſentant, accepturus fuiſſet. §. *cum filius*. 6. *Inſt. de hered. quæ ab inteſt.* At filii fratrum ſuccedunt jure repræſentationis. Ergo, &c. Qui partes Azonis tuentur, reſpondent falſam eſſe iſtius argumenti aſſumptionem, ſi in ſenſu diviſo, quod hic quæritur, accipiatur, id eſt, quando fratrum filii ſoli ſuccedunt. Nam Juſtinianum in *d. c.* 3, *Nov.* 118. eo tantum caſu filios fratrum jure repræſentationis ſuccedere velle, quando concurrunt cum thiis ſuis: quippe cum hoc caſu ex ſua perſona ſuccedere non poſſint, quoniam uno gradu remotiores ſunt fratribus defuncti, ne his injuria fieri videatur, jus repræſentationis introducendum fuiſſe, ut in patris ſui locum ſuccederent, atque ex perſona ejus vocarentur: quod neceſſarium non ſit, cum ſoli reperiantur, & propria ex perſona ſuccedere queant. Neque enim generaliter voluiſſe Juſtinianum, ut ſemper eſſet repræſentationi locus filiis fratrum ſuccedentibus vel ex eo liquere, quod non ſtatim idem jus conſtituit, cum fratres ſuccedunt una cum parentibus, quod fecit demum *Nov.* 127.

Secundo proferunt Accurſiani exemplum nepotum, quos conſtat in ſtirpes ſemper ſuccedere, ſive ſuccedant cum patruis ſuis, ſive ſoli, quaſi poſt conſtitutionem Juſtiniani eadem plane ſit ratio filiorum fratrum, quæ nepotum & olim fuit & nunc eſt. Sed bene reſpondent ſectatores Azonis, duas haſce ſpe-

cies

cies certo jure diſtinctas eſſe. In linea recta deſcendentium nunquam proximitatem ſpectari. §. *cum filius.* & §. *ult. Inſt. de her. quæ ab inteſt.* in linea transverſa perpetuo & ſolam. *Inſt. de leg. agn. ſucc. in pr.* & *pr. Inſt. de ſucc. cogn. l. 3. C. de leg. her.* unde unum tantum illum caſum, nempe cum fratrum filii cum thiis ſuis concurrunt, exceperit Juſtinianus. Denique & hoc vel maxime Accurſius urget, quod fratrum filii excludunt defuncti patruos, & avunculos, qui eodem gradu ſunt. *d. c. 3. verſ. quandoquidem.* Cui argumento reſpondetur, quod etiam excludunt fratres ex uno tantum latere conjunctos, qui uno gradu ſunt proximiores: nec tamen inde ſequatur eos hoc caſu ſuccedere jure repræſentationis, non magis quam ſi quis dicat, filius & filia excludunt patrem & matrem, qui eodem gradu ſunt; ergo ſuccedunt jure repræſentationis: aut frater ex utroque parente defuncto conjunctus præfertur fratri ex altero duntaxat conjuncto, qui tamen eodem gradu eſt; ergo jure repræſentationis ſuccedit. Concludit igitur Azo fieri poſſe, ut aliqui pari gradu conſtituti jure proximitatis ſoli ſuccedant, excluſis iis qui eodem gradu, aut etiam proximiore ſunt, ſi illorum jus ſit potius: ſicut ex conſtitutione Juſtiniani potius eſt jus filiorum fratris, tanquam deſcendentium, quam patruorum, qui inſtar ſunt adſcendentium, & jus fratrum germanorum, eorumque filiorum, propter duplex vinculum, quam conſanguineorum tantum aut uterinorum, *Hotom. illuſtr. quæſt. c. 14. Zaſ. lib. 1. intellect. ſing. c. 7.*

Atque hæc quidem ita pro defenſione Azonis ſententiæ, cui & ipſe alibi acquieſco, non improbabiliter diſputari videntur: ſed vereor ne non ſatis ex mente & ſententia Juſtiniani. Sane verbis *d. Nov. 118. c. 3.* Azonis opinio minus convenit. Poſtquam enim Juſtinianus fratrum germanorum filios una cum fratribus germanis ad ſucceſſionem defuncti

ad-

admiſiſſet jure repræſentationis, ut ſcilicet locum patris ſui obtinerent, & tantum conſequerentur, quantum pater eorum habiturus fuiſſet: mox ſubjicit, ὅθεν ἀκόλουθόν ἐστι, unde conſequens eſt, ut iſtorum fratrum filii fratribus ex uno tantum latere defuncto conjunctis præponendi ſint. Ex quo vero? ex eo nempe, quod eos venire voluit ex perſona patris ſui. Huic enim conſequens eſt, ut fratribus defuncti conſanguineis tantum aut uterinis præferantur, ſicut pater eorum, ſi viveret, iiſdem præponeretur, ut ipſe Imperator ibidem ait. At inde, inquam ego, & hoc conſequens eſt, & ſententiæ Juſtiniani conveniens, ut etſi defunctus nullos fratres germanos reliquit, ſed horum filios duntaxat, fratreſque uterinos aut conſanguineos, iſti fratrum germanorum filii hoſce thios ſuos excludant non proprio aut proximitatis jure, ſed repræſentationis: ac proinde non in capita, ſed in ſtirpes hereditatem dividere debeant. Præterea in *c. 3. verſ. quandoquidem igitur.* ait Juſtinianus ex eo quod filiis fratrum tam ex uno quam ex utroque latere conjunctorum talem prærogativam, τοιοῦτο προνόμιον dedit, manifeſtum eſſe eos etiam thiis defuncti præponendos eſſe, quamvis gradu paribus: unde iterum liquet, eos ne hoc quidem caſu ex ſua perſona, quia ſunt proximiores, thiis defuncti anteponi, ſed ex perſona patris ſui, quem repræſentant, & cujus locum ſubeunt; ac proinde etiam hoc caſu non in capita, ſed in ſtirpes ex ſententia Juſtiniani eos ſuccedere neceſſe eſt. Etenim omnino hic conſiderandum eſt, quod Juſtinianus, ut apparet ex tenore totius iſtius *c. 3. Nov. 118.* jus repræſentationis introduxit non ad hoc ſolum, ut filii fratrum poſſent concurrere & ſimul cum fratribus defuncti, à quibus alioqui jure proximitatis excluderentur, ſuccedere; verum etiam ad excludendos alios, qui alioqui cum iis concurrerent, thios nimirum defuncti, qui pari ſunt gradu, & alias obſtarent,

quo-

quominus illi ſoli jure proximitatis admitterentur. In fratrum autem germanorum filiis idem jus introductum, etiam ad excludendos eos, à quibus ipſi alioqui jure proximitatis excluderentur, fratres ſcilicet defuncti conſanguineos & uterinos. Hujus enim rei non alia ratio reddi poteſt, quam quod filii fratrum, citra hanc repræſentationis inductionem, neque cum fratribus defuncti concurrere, neque thios ejuſdem excludere poſſunt: multoque minus fratrum, licet germanorum, filii fratres defuncti conſanguineos aut uterinos; quippe qui uno gradu ſunt proximiores. Nec verum eſt, quod contrariæ ſententiæ auctores aiunt, fratrum germanorum filios ideo præponi fratribus defuncti ex uno tantum parente conjunctos, quia propter duplex vinculum proximiores habentur: ſed illud verum eſt, propter duplex illud vinculum hoc beneficium iis datum eſſe, ut vicem patrum ſuorum ſuſtineant, & jure repræſentationis, quamvis uno gradu ſint remotiores, tales thios ſuos excludant. Similiter & illud quod aiunt, ſucceſſiones facilius deſcendere, quam adſcendere, ſi juris noſtri rationem ſpectes, falſum eſt in linea tranſverſa: neque hanc novi juris à ſe conſtituti rationem affert Juſtinianus; ſed aliam, nempe quod voluit fratrum filios in locum patris ſui ſuccedere: quod etiam bene obſervavit Bachovius ad *Trentl. vol. 2. diſp. 16. theſ. 5. & Ant. Faber in diſp. forenſ.* quam ſubjecit libello *de var. nummar. debitor. ſolut.* Quamobrem ex ſententia Juſtiniani ſic omnino ſtatuendum videtur, fratrum filios, ſive cum iis, à quibus alias excluderentur, concurrant, ſive vocentur ad excluſionem aliorum, qui alias cum iis concurrerent, aut eos ipſos excluderent, non alio jure ad hereditatem admitti, quam repræſentationis, nec in capita, ſed in ſtirpes ſuccedere. Quid vero ſi defunctus nullos fratres aut thios reliquerit, ſed fratrum filios duntaxat? Hic facile admittam

in

Digitized by Google

in capita eos ſuccedere debere: quippe cum hic ex propria perſona venire poſſint; ac proinde non indigeant privilegio. Eſt enim jus repræſentationis fictio quædam, quæ nunquam inducitur, niſi ex neceſſitate: quanquam ne hoc quidem concedant Ant. Faber & Bachovius. Et igitur, ſi iſto, quem dixi, ſenſu quæſtio propoſita, utrum fratrum filii, quando ſoli ſunt, in capita, an in ſtirpes ſuccedant, accipiatur, haud gravate Azonis ſententiæ ſubſcribam: cum utique circa hunc caſum à Juſtiniano quicquam mutatum eſſe doceri non poſſit. Atque hæc Cujacii quoque ſententia eſt *parat. C. de legit. her.* ubi negat exceptis tribus illis, quos diximus caſibus, in linea collaterali repræſentationi locum eſſe: item Fachinæi *lib. 6. controv. c. 3.* & Bronchorſtii *cent. 3. aſſert.* 69. quæ etiam probata ſenatui Sabaudiæ, teſte *Ant. Fab. Cod. ſuo forenſ. de legit. hered. defin.* 1. Et eodem modo forte explicanda & limitanda conſtitutio Caroli Quinti, qua Azonis ſententiam in comitiis Spirenſibus confirmavit anno 1529. quod & Mynſingero viſum arguunt, quæ ſcribit *cent. 3. obſ.* 94. Poſtquam hæc ſcripſeram, animadverti & hanc Græcorum eſſe ſententiam ex Harmen. *lib. 5. tit. 8. n.* 21. ubi ſcribit, Si defuncto fratres non ſuperſunt, ſed filii fratrum duntaxat, præmortuis duobus aut tribus fratribus κατὰ πρόσωπον καὶ κεφαλὴν αὐτῶν γίνεται ἡ κληρονομία· τουτέστιν, ὅσοι εἰσὶν, ἐξ ἴσου εἰς τὴν κληρονομίαν καλοῦνται, per capita & in ſingulas eorum perſonas hereditas diſtribuitur, id eſt, quotquot ſunt, ex æquis portionibus ad hereditatem vocantur. Quo jure in propoſito noſtrates utantur, cognoſci poterit ex *Ordin. polit. & Placit. de ſucceſſ. ab inteſtato. Grot. lib. 2. introduct. c.* 28. Nobis in hiſce quæſtionibus propoſitum non fuit indicare ſemper, quid juris in quaque re legibus aut moribus noſtris obſervetur: & hoc forte aliis tædium afferret.

Digitized by Google

CAP. XXXI.

An in ſucceſſione fratrum conſanguineorum & uterinorum, diſcretio bonorum obſervanda? Et obiter, an obſervanda in ſucceſſione adſcendentium?

DEficientibus inteſtato mortui liberis & parentibus, itemque fratribus ex utroque parente conjunctis, eorumque filiis, Juſtinianus ad hereditatem ejus vocat fratres ex uno tantum latere junctos, conſanguineos & uterinos, *Nov.* 118. *c.* 2. & 3. qua conſtitutione ex parte quidem confirmat ea quæ antea tum à Leone & Anthemio *l.* 4. *C. de bon. quæ lib. in pot.* tum ab eo ipſo *l. ult. C. comm. de ſucceſſ. Nov.* 84. *c.* 1. §. 2. ſancita ſunt circa prærogativam eorum qui duplici vinculo defuncto nexi; ſed ex parte etiam, & quidem maxima, mutat, admiſſis ſimul cum his, & primo quidem loco, parentibus defuncti proximis, quos antea excludebant; & ita admiſſis, ut illi quoque excludant fratres defuncti conſanguineos & uterinos, à quibus ipſi antea excludebantur. Quæſitum autem eſt, utrum hi fratres defuncti conſanguinei & uterini æqualiter in omnia bona defuncti fratris ex illa conſtitutione Juſtiniani ſuccedant; an ita ut conſanguinei bona paterna, uterini bona materna conſequantur, ſola autem aliunde quæſita æqualiter inter eos dividantur? Communis ſententia eſt, in hac ſucceſſione bona à patre profecta ad fratres conſanguineos, à matre profecta ad ſolos uterinos pervenire. *Gomez ad leg. Taur.* 8. *n.* 8. *Graſſ.* §. *ſucceſſio ab inteſtato. quæſt.* 32. *Forſter. lib.* 8. *de ſucc. ab int. c.* 8. unde illud, quo nihil vulgatius, paterna paternis, materna maternis deferri: quam ſententiam etiam amplexi ſunt Cujacius in *expoſ. Nov.* 84. *Don. lib.* 9. *comm.* 4. *Gudelin.* 2. *de jur. noviſſ.* 15. Fundant autem hanc ſuam ſententiam in

Digitized by Google

in *l. de emancipatis.* 13. §. 2. *C. de leg. hered.* Et ſane negari non poteſt, quin Juſtinianus illic fratres omnes ad ſucceſſionem fratris emancipati vocans excipiat bona materna, in quæ eos ſolos ſuccedere vult, qui ſunt ex eadem matre. Nam de ſolis fratribus germanis, celi vult Fachin. *lib.* 6. *contr. c.* 5. id accipi conſuetudo loquendi non patitur: nec argumentum ex hoc loco ductum diluitur, ſi dicamus illic agi de caſu patris adhuc ſuperſtitis, quo propter uſumfructum, quem pater habet, evidentior eſt bonorum diſtinctio. Illud enim nihilominus manet, ad bona à matre profecta ſolos ex illa conſtitutione vocari, qui ſunt ex eadem matre, excluſis fratribus conſanguineis, quod Novella Juſtiniani lege 118. *c.* 3. negant eſſe mutatum. Sed videamus an hoc quod dicunt verum ſit. Equidem deciſio hujus quæſtionis non ex legibus Codicis, ſed ex noviſſima illa Juſtiniani conſtitutione petenda eſt. Et nos contra intrepide aſſerimus etiam id, quod à Juſtiniano in *d. l. de emancipatis.* §. 2. *C. de legit. hered.* conſtitutum eſt, per *d. Nov.* 118. *c.* 3. eſſe abrogatum. Nuſquam magis variant leges & conſtitutiones præſertim poſteriorum Principum, quam circa jura ſucceſſionum ab inteſtato, nec tantum circa ordinem deſcendentium, verum etiam adſcendentium & lateralium, uti videre eſt *Inſt. de her. quæ ab int. def. item de leg. agn. ſucceſſ. de ſenat. Tertull. & Orfic. & ff. & C. eod. l.* 4. *C. de bon. quæ lib. l. ult. C. comm. de ſucceſſ. l.* 13. *& ll. ſeqq. C. de legit. her. Nov.* 84. *c.* 1. *&* 2. &c. Juſtinianus autem omnia illa priora jura circa hereditates inteſtatorum, & ſuas quoque ipſius conſtitutiones juſſit ceſſare, ἀργεῖν, *d. Nov.* 118. *in pr.* eaque ſola pro jure in poſterum ſervari, quæ illic tandem de novo conſtituit. Relinquitur igitur, ut & ex eadem Novella quæſtio propoſita decidatur. Quid igitur illic conſtituit Juſtinianus? Primo, deficientibus defuncti liberis & parentibus, jubet fratres &

Digitized by Google

ſorores utrinque conjunctos, eorumque demortuorum filios per repræſentationem ſuccedere in univerſa bona defuncti fratris.. Poſt hos ſecundo loco vocat fratres ex uno tantum parente conjunctos, ſive per patrem, ſive per matrem, & ſimpliciter item, ac ſine ulla bonorum diſtinctione. Hac igitur conſtitutione abrogatur *l. ult. C. comm. de ſucceſſ. Nov.* 84. §. 1. *&* 2. *cum ſimil.* quippe cum illic parentes excludantur non tantum à fratribus defuncti ex eodem matrimonio procreatis, ſed etiam progenitis ex alio: hic autem illi cum parentibus admittantur duntaxat, hi etiam à parentibus excludantur, & demum poſt parentes, quos antea excludebant, & poſt fratres germanos, in quo ſolo nihil mutatur de illarum conſtitutionum priorum jure, vocentur: & denique demum poſt fratrum germanorum filios, quibus ipſi ante hanc Juſtiniani Novellam præferebantur. In *l. de emancipatis.* §. 2. *C. de legit. her.* quæ poſterior eſt *d. l. ult. C. comm. de ſucceſſ.* non tractatur ſimpliciter talis caſus, quo fratres ſibi invicem ſuccedunt, verum quo ſuccedunt fratri emancipato, concurrente patre defuncti quoad uſumfructum: hoc caſu ſi emancipatus reliquerit bona materna, in ea ſolos eos ſuccedere vult Juſtinianus, qui ſunt ex eadem matre; cætera bona defuncti in totam fraternitatem cedere: cætera, inquam, præter materna; ac proinde tam ea quæ à patre forte profecta, quam quæ aliunde: & cedere, inquam, tam iis qui ex alio atque alio matrimonio procreati ſunt, quam qui ex eodem: nam ſub tota fraternitate comprehenduntur utique & conſanguinei & uterini. Quo colore igitur interpretes ex hoc loco illud ſuum, paterna paternis, materna maternis, elidere potuerunt? Sed & illud ipſum, quod circa eam ſpeciem Juſtinianus ibi conſtituit, poſtea ab eo ſublatum eſſe ſatis evidenter arguit *d. Nov.* 118. *c.* 2. *&* 3. *in pr.* ubi cum poſt deſcendentes ſtatim vocaſſet adſcendentes defuncti proximos,

&

& cum his ſimul ad hereditatem admiſiſſet fratres defuncti ex utroque latere junctos, mox deficientibus deſcendentibus & adſcendentibus ex lateralibus primo loco vocat eoſdem defuncti fratres germanos, ubi nulla bonorum diſtinctio eſt: & poſt hos ſecundo loco fratres ex uno duntaxat parente conjunctos, ſive per patrem ſolum, ſive per matrem. Ex eo autem quod poſt fratres utrinque conjunctos ſimpliciter & jure proximitatis, vocantur ex uno tantum latere juncti, conſanguinei cum uterinis, recte colligitur eos etiam ſimiliter, ut illos, æqualiter in omnia bona defuncti fratris ſuccedere debere, nec plus juris relinqui uterinis in bonis defuncti maternis, quam ejuſdem fratribus conſanguineis; aut plus his, quam illis, in bonis profectis à patre. Atque hoc etiam efficit vera juris ratio, ſecundum quam ſucceſſio fit in universa defuncti bona, pariterque ad ſucceſſionem vocati æqualiter defunctum repræſentant. Quando autem bona, licet à diverſis parentibus profecta, ſemel alicui obvenerunt, unum fiunt & ſimplex ejuſdem patrimonium inſuper habita cauſa acquiſitionis. Quod ſi bonorum origo & cauſa attenderetur, conſequens & rationis eſſet, ut etiam conſanguinei cum fratribus utrinque conjunctis eorumque filiis admitterentur ad bona paterna: item ut in bonis maternis eodem modo cum fratribus germanis eorumque filiis concurrerent uterini. Denique ut ſi tantum ſint bona paterna, nulla materna, uterinus à conſanguineo excluderetur: & ex adverſo, ſi nulla paterna, conſanguineus ab uterino: quippe in bonis, quæ ab uno latere provenerunt, ſi cauſam acquiſitionis & originem bonorum, non ipſum jus ſucceſſionis, & propinquitatem ſuccedentium conſideremus, nihil operari poteſt duplicitas vinculi. Et ita in feudis conſanguineum ab utrinque conjuncto non excludi conſtat. Ita ex veteribus Fulgoſius & Corneus in *auth. itaque. C. comm. de ſucceſſ.* ex recen-

centioribus Petrus Barboſa ad *l. poſt dotem.* 41. *cum* 2. *ſeqq. n.* 71. *ff. ſolut. matrim.* Andr. Fachinæus *lib.* 6. *contr. c.* 5. Bachovius ad *Trentl. vol.* 2. *diſp.* 16. *theſ.* 4. Iiſdem rationibus evincitur, nec in ſucceſſione adſcendentium ullam bonorum diſcretionem faciendam eſſe, ſed aſcendentes quoque diverſæ lineæ, qui pares gradu ſunt, æqualiter ſuccedere in bonis defunctorum liberorum undecunque profectis, non inſpecta ſcilicet cauſa acquirendi, ſed ſola perſona ejus, cui ſucceditur, ut recte poſt veteres allegatos à Mynſingero *lib.* 6. *obſ.* 55. *n.* 3. Barboſa *d. loc. n.* 67. & Fachin. *d. lib.* 6. *c.* 4. docent: & conſentiunt *Forſter. lib.* 7. *c.* 4. *n.* 2. *Graſſ.* §. *ſucceſſio ab inteſtato. quæſt.* 22. *n.* 5. quod mirum eſt, cum in quæſtione modo tractata & huic plane ſimili à nobis diſſentiant: ſed hoc & ab aliis factum eſt. Fruſtra autem hic objicitur *l.* 3. *C. de bon. quæ lib.* quippe ubi hoc tantum ſtatuitur, ut nepoti defuncto ſine liberis in proprietate ſuccedat pater, avus uſumfructum habeat, avus ſc. paternus, non maternus. Hæc porro ſententia meruit & aſſenſum Cameræ Imperialis teſtibus *Mynſing. ubi ſupra, & Hart. Hartm. pract. obſ. tit.* 42. *obſ.* 3. & Senatus Sabaudici, teſte Ant. Fabro *Cod. ſuo for. lib.* 6. *tit.* 33. *defin.* 2.

CAP. XXXII.

An juſta ſit cauſa revocandæ donationis, ſi donator poſt factam donationem liberos ſuſceperit?

MOrtis cauſa donatio temere, hoc eſt, pro arbitrio donatoris, ſeu ex pœnitudine revocari poteſt. §. 1. *Inſt. de donat. l. mortis* 16. *l. qui mortis.* 30. *ff. de mort. cauſ. donat.* Mera autem & ſimplex donatio natura ſua irrevocabilis eſt. Quod vero hanc etiam aliquando revocare licet, id fit ex accidenti & facto donatarii, pro beneficio injuriam rependentis, non ex intentione donantis; utpote qui ſic donat, ut nullo caſu velit ad ſe reverti. *l.* 1. *ff.*

de

Digitized by Google

de donat. l. ubi ita. 27. ff. de mort. cauſ. donat. quanquam tamen ſi præſciviſſet donator donatarium ingratum fore, procul dubio beneficio abſtinuiſſet: unde ortum eſt etiam in hiſce donationibus jus revocandi. Nec tamen ob quamlibet ingratitudinem donatarii revocatio permiſſa, ſed ob inſignem duntaxat, & talem, quæ ſceleri affinis ſit aut conjuncta: nempe ſi donatarius atroces injurias in donatorem effuderit; ſi illi impias intulerit manus; ſi vitæ ejus inſidietur; ſi grandem jacturæ molem ſubſtantiæ & bonis donatoris ingeſſerit; ſi conditiones donationi appoſitas implere nolit. Ob has enim cauſas duntaxat donationem revocari permiſit Juſtinianus in *l. ult. C. de revoc. donat.* Additur tamen à DD. & alia cauſa revocandæ donationis, videlicet ſi donator, tempore donationis ἄπαις illiberis, poſt donationem factam liberos ſuſceperit. *arg. l. ſi unquam. 8. C. de revoc. donat.* Quamvis enim iſta conſtitutio tantum loquatur de patrono donatore, & liberto donatario: putant tamen quorumcunque donationes eodem illo jure cenſendas, ut inſperato ſuccedens filiorum ſoboles irritam faciat donationem. Utuntur hoc potiſſimum argumento, quod quotiens ratio legis generalis eſt, totiens quoque ipſa legis diſpoſitio generalis eſſe intelligitur: & aſſumunt pro vero generalem eſſe juris, quod in *d. l. 8. C. de revoc don.* conſtituitur, rationem, nec magis ad donationem liberto, quam cuilibet extraneo factam pertinere: rationem autem hanc eſſe, quod nemo præſumatur ſucceſſiones alienas propriis anteponere voluiſſe. *arg. l. cum avus. 102. ff. de cond. & demonſtr. l. cum acutiſſimi. 30. C. de fideicomm.* Unde porro eliciunt donationem factam ab eo qui liberos non habet, in ſe continere tacitam conditionem, ut ſi liberi ei poſtea nati fuerint, donatum ad ſe revertatur: quippe quem ſi ſi de liberis cogitaſſet, donaturum non fuiſſe cred oporteat. *Gomez. lib. 2. var. reſol. c. 4. n. 11. Clar. §*

Digitized by Google

donatio. quæſt. 22. *Cujac. lib.* 20. *obſ.* 5. *Mynſ. lib.* 5. *obſ.* 63. *& ſeq. late Tiraq. in d. l.* 8. *C. de revoc. don. Tuld. in Cod. de rev. don. n.* 3. *Fachin. lib.* 3. *contr. c.* 85. quo jure & nos uti ſcribit *Grot. lib.* 3. *introduct. c.* 2. adde *Chriſt. vol.* 4. *deciſ.* 192. *Tima. Fab. diſp. anniv.* 17. *theſ.* 4. Sed procul dubio in puncto juris verior eſt ſententia eorum, qui aſſerunt in ſolo patrono donatore & liberto donatario hanc revocandæ donationis ſpeciem locum habere. Cur enim Imperatores, ſi idem in quibuſlibet donatoribus & donatariis obtinere voluiſſent, patroni tantum & non liberti mentionem faciunt? An quia ad conſultationem partis reſcribunt, quia forte ex facto inciderat, ut de donatione à patrono facta quæreretur? Atqui hanc ſuam conſtitutionem non dirigunt ad conſultorem aliquem, ſed ad præfectum prætorio in forma edicti perpetui, hunc in modum: *Si unquam libertis patronus filios non habens*, &c. Quod ſi in quolibet donatore idem obtinere voluiſſent, uno ſaltem verbo id indicaſſent, aut utique ita ſcripſiſſent, *Si quis liberos non habens alicui bona omnia vel partem donaverit*, &c. Itaque conſtitutio hæc, quæ ſingulare jus continet, *l. ſicut.* 5. *C. de oblig. & act.* & contra regulam de donationibus ſemel perfectis non revocandis exceptionem inducit, extra terminos non eſt extendenda. Multa in liberto ſunt ſingularia, quæ conſtat ad alios trahi non poſſe: quippe qui propter inæſtimabile libertatis beneficium nihil non patrono debet, non modo honorem omnem & reverentiam, ſed etiam obſequia & operas. *ff. de obſeq. par. & patr. præſt. & ff. de op. libert.* qui patronum egentem liberoſque patroni de ſuo alere tenetur. *l. ſi quis.* 5. §. *ſolent.* 18. *ff. de agnoſc. & alend. lib.* qui moriens certis conditionibus bona ſua patrono debet relinquere, & cujus inteſtati bona certis item conditionibus ad patronum liberoſque ejus redeunt. *Inſt. de ſucceſſ. libert.* quem eandem ob cauſam etiam multa æquo animo ferre oportet,

quæ

quæ licet cum incommodo ejus, favore patroni conſtituta ſunt. §. 1. *Inſt. qui & ex quib. cauſ. man.* §. 1. *Inſt. de hered. qual.* & iniquum eſſet conſtitui in aliis. Unde etiam eſt, quod vel neglectus obſequii in liberto donatario ſufficiens cauſa ſit donationis in eum à patrono collatæ revocandæ. *l.* 1. *C. de revoc. donat.* Cum itaque qualitas ipſa perſonæ donatoris & donatarii ſit præcipua cauſa hujus revocationis, non ſoli aut per ſe liberi à donatore poſtea ſuſcepti, quis non videt propter eandem conditionem perſonæ in liberto donatario duntaxat hanc præſumptionem valere Principes voluiſſe, ut eadem mente ille, eademque lege accipere intelligeretur, qua patronus pro affectu donare; nimirum ut natis poſtea patrono liberis donata reddat: in aliis vero valere jus commune, quo propoſitum in mente retentum nihil operatur. Nam quoties lex de certis perſonis loquitur, quibus aliquid beneficii tributum vult, certum eſt legem ad alias perſonas non pertinere. *l. ſi vero* 64. §. *pen. ff. ſolut. matrim. l. quod conſtitutum.* 21. *ff. de teſtam. mil.* Et illud utique palam eſt, jure communi non ſufficere ad revocationem donationis, quod forte in unius animo aliquid præſumatur, cum utriuſque conſenſu perficiatur donatio, nec nobis liceat citra legum auctoritatem tacitas fingere conventiones, aut conjecturas ſectari, ubi verba legis aperta ſunt ac clara, & ſenſum minime abſurdum habent. Perperam vero ad præſentem caſum trahitur, quod pro ratione deciſionis in ſpecie diſpoſitionis ultimæ propoſita in *l. cum acutiſsimi.* 30. *C. de fideicommiſſ.* affert Juſtinianus, neminem ſcilicet præſumi alienas ſucceſſiones propriis anteferre. Nam deciſio *d. l. cum acutiſsimi.* tantum locum habet in teſtatore fideicommiſſo gravante unum ex progenie ſua, cujus porro poſteri & ipſi ſint in familia teſtatoris: quod quomodo ad noſtrum caſum, ubi aliquis liberos non habens in ex-

Digitized by Google

traneum abſolute & perfecte donationem contulit, applicari queat, non video. Et alioqui pari ratione revocatio rei donatæ etiam concedenda eſſet ei, qui cum forte unum duntaxat filium haberet, partem facultatum alicui donavit, & poſtea eo mortuo, aut vivo adhuc plures liberos ſuſcepit. Cui adde, quod diſpoſitiones ultimæ ex ſolius teſtatoris mente interpretationem accipiunt, & pro ejus ſolius arbitrio conſtituuntur, ſuſtinentur, & revocantur. *l. in conditionibus.* 19. *ff. de cond. & dem. l. ex facto.* 35. §. *rerum.* 3. *ff. de hered. inſtit. l. ſi mihi.* 12. *in fin. ff. de legat.* 1. ſecus atque actus inter vivos, in quibus omnium voluntas ſpectanda, nec pœnitentia admittitur. *l. non ſolum.* 31. *ff. de oblig. & act. l. ſicut.* 5. *C. eod.* & in quibus contra eum fieri ſolet interpretatio, cui liberum fuit re integra aperte loqui, & legem, quam vellet, claris verbis exprimere. *l. veteribus.* 39. *ff. de pact. l. quidquid. ff. de verb. oblig.* cum ſimilib. Similiter noſtro caſui adaptari nequit, quod Papinianus in *l. cum avus.* 102. *ff. de cond. & demonſtr.* cum ſpeciem propoſuiſſet, ubi teſtator à nepote, quem ex parte heredem inſtituit, petiit ut poſt mortem hereditatem reſtitueret patruo ſuo, reſpondet nepote liberis relictis mortuo defeciſſe conditionem fideicommiſſi, ductus conjectura pietatis, ut ipſe ait; nam conjectura illa pietatis ex eo ducitur, quod non videatur avus nepotem gravare voluiſſe in eum caſum, quo liberi nepoti naſcerentur, eo quod pietas ſuadeat, ut liberis potius relinquatur hereditas, quam aliis, utcunque teſtatori defuncto conjunctis, (nam in caſu *d. l. cum avus.* rogatus eſt nepos hereditatem reſtituere teſtatoris filio) nec credendum ſit avum pro nepote id conſilium cepiſſe, quod ipſe nepos non niſi impie capturus erat, ut recte Ant. Faber *lib.* 7. *conject.* 14. Hoc vero longe diverſum eſt à caſu quem hic tractamus, ubi quis in extraneum pure & abſolute quid transtulit, qui nec ex liberis donatoris eſt,

eſt, nec de re donata reddenda abſque expreſſà conventione obligari potuit. Quibus & illud accedit, quod *d. l. ſi unq.* non tantum locum habet, ſi omnia bona, ſed etiam ſi pars aliqua eorum donata ſit. Eſt vero abſurdiſſimum ob liberos donatori poſtea natos donationem partis alicujus bonorum cuicunque & à quocunque factam revocari; quippe quo admiſſo nemo niſi liberos habens pure & plene donare intelligeretur. Hoc item facit, quod bona, quæ propter agnationem liberorum donator revocavit, non liberis acquiruntur, ſed pleno jure revertuntur ad patrem donatorem. *d. l. ſi unquam.* qui proinde de iis jam iterum libere diſponere poteſt, & ſalva ſaltem liberorum legitima, ea omnia una cum cæteris bonis in quoſcunque velit, conferre. *l. 1. l. 2. & tot. tit. C. de inoff. donat.* Atque ita, quo nihil dici poteſt abſurdius, poſteriores illi potiores erunt & præferentur ei, in quem jam antea earum rerum dominium plene & abſolute translatum erat, atque huic eripietur, quod donetur alteri: quod vel ſolum argumento eſſe poteſt, qualitatem ipſam perſonæ donatoris & conditionem donatarii præcipuam eſſe hujus revocationis cauſam. Ex hoc porro ſimul concidunt objectiones ſumptæ à miſeratione liberorum, & injuria quæ aliàs eis fieret. Nam ad injuriam illam vindicandam proditum liberis eſt jure communi remedium, quo patre mortuo donatio immodica revocetur, querela ſcilicet inofficioſæ donationis. *tit. C. de inoff. donat.* Et ipſe quoque pater eam revocare poteſt, quatenus debitum liberis bonorum ſubſidium excedit. *l. ſi totas. 5. C. eod. tit.* Aliud remedium fruſtra quæſieris. Excutiantur omnes loci juris civilis, nullus invenietur, qui de jure revocandi donationem propter liberos poſtea natos, tanquam ex cauſa generali loquatur, ac ne apud Juſtinianum quidem, qui, cum liberorum jura ubique non ſervaverit modo, ſed etiam auxerit, utique hujus revocationis aliqua parte

te mentionem feciſſet; certe ubi ex profeſſo recenſet cauſas revocandæ donationis, ſi hanc etiam pro cauſa generali haberi voluiſſet, id omiſſurus non fuerat. Quid quod & Canones huic noſtræ interpretationi conſentiunt, *c. ult. ca.* 17. *quæſt.* 4. ubi Divus Auguſtinus laudans factum ſancti Aurelii Epiſcopi Carthaginenſis, quod reddidiſſet donatori ob liberos ei natos, quæ ille eccleſiæ donaverat: *In poteſtate*, inquit, *habebat Epiſcopius non reddere; ſed jure fori, non jure poli.* Reſpondet Fachinæus *d. lib.* 3. *c.* 86. Conſtantinum non potuiſſe ligare eccleſiam: quaſi vero eccleſiæ exleges fuerint. Poſſet forte huic reſponſioni ſpecies aliqua prætexi, ſi Auguſtinus de Romana loquutus fuiſſet: quia jam tum ſcilicet à Conſtantino facta erat Sylveſtro Epiſcopo Romano prodigioſa illa donatio, quæ memoratur *lib. decretor. diſtinct.* 96. Poſtremo de ſolis patronis donatoribus & libertis donatariis, eodem nempe, quo nos modo, conſtitutionem Conſtantini, quæ tertia eſt in Codice Theodoſiano *tit. de revoc. donat.* & eadem cum illa octava in Codice Juſtinianeo *eod. tit.* interpretatus eſt Anianus, qui tempore Alarici Regis floruit, centum & quod excurrit, annis ante imperium Juſtiniani: eoque modo eandem conſtitutionem accepit Harmenop. *lib.* 3. *tit.* 2. item *Azo in ſumm.* & plerique Neotericorum, *Connan. lib.* 5. *comm. c.* 10. *Ant. Fab. lib.* 7. *conject. c.* 14. & 15. *Donell. ad d. l. ſi unquam. Bachov. ad Treutl. diſp. de donat. theſ.* 7. *lit. E. Coraſ. lib.* 7. *miſcell. c.* 30. *Hotom. lib.* 1. *reſponſ. amic. c.* 12. ubi levicula quædam removet, quæ à Cujacio objiciuntur ex *l. cum tale.* 72. §. 1. *ff. de cond. & demonſtr.* & *l.* 1. *C. de revoc. donat.* quaſi quæ ibi conſtituuntur de liberto, etiam in extraneis locum habeant, quod cum Accurſio & aliis negat Hotomannus. Sed ſit ita, quædam quæ in liberto valent, etiam locum habeant in non liberto; inde tamen non efficitur etiam in quæſtione

ſtione propoſita eandem liberti & extranei rationem eſſe, cum in pleriſque aliis longe ſit diverſa, & quod hic contra tenorem juris communis introductum eſt, in perſona donatoris patroni, non debeat produci ad conſequentias. *l. quod vero. 14. & l. ſeq. ff. de legib.*

CAP. XXXIII.

An per querelam inofficioſæ donationis tota revocetur donatio?

QUerela inofficioſæ donationis ſpecies quædam eſt revocationis donationis factæ inter vivos, comparata confirmandæ querelæ inofficioſi teſtamenti gratia, ad quam eludendam donationes inofficioſæ inſtructæ ſunt. *l. 1. l. ſi mater. 7. C. de inoff. donat.* Nimirum exhauſto immodica donatione patrimonio querela inofficioſi teſtamenti eluditur, legitima portio iis, quibus debetur, intervertitur, ſive donator eos heredes inſtituat, ſive inteſtatus decedat: nihil enim his relinquitur præter nudum nomen heredum: nec querela datur niſi præteritis aut exheredatis. *pr. Inſt. de inoff. teſtam.* Sed & ſi alium heredem donator inſtituat, querelam tamen inutilem facit inofficioſa donatio, ut ne ſic quidem præteriti aut exheredati quicquam conſequantur præter nomen inane heredum. *l. 3. C. eod. tit.* Atque hinc eſt, quod inofficioſæ donationes inſtructæ dicuntur ad querelam inofficioſi teſtamenti eludendam, excludendam, intervertendam. *l. 1. l. ſi mater. 7. C. eod. l. Titia. 87. §. Imperator. 3. ff. de legat. 2.* Cum igitur inofficioſæ donationes excogitatæ eſſent ad portionem legitimam iis, quibus ea debetur, intervertendam; huic fraudi occurſum eſt oportuno remedio, quo immodicæ hujuſmodi donationes revocarentur, conſtituta in eam rem querela inofficioſæ donationis ad exemplum & ſimilitudinem querelæ

 inof-

inofficioſi teſtamenti. Quatenus autem donatio hæc revocetur, in totumne, an quatenus legitimam liberorum minuit, haud ita in promptu eſt dicere. Nam cum ad ſimilitudinem querelæ inofficioſi teſtamenti hæc revocatio introducta ſit, conſentaneum videtur, ut quemadmodum per querelam inofficioſi tota reſcinditur inſtitutio, ſic quoque per hanc querelam tota revocetur donatio. Omnes autem fere leges ſubjectæ titulo *C. de inoff. donat.* hanc comparationem continent. Eſt quidem inter illa duo hæc differentia, quod querela inofficioſi teſtamenti impugnatur ultima diſpoſitio, & injuria exheredationis vindicatur: hac autem querela revocatur contractus inter duos initus & perfectus, idque ab ipſis heredibus, quamvis ſolo nomine: ſed hoc parum ad rem præſentem facere videri poteſt, cum in *l. ult. C. eod. tit.* Imperatores dicant dubitandum non eſſe, quin immodicarum donationum omnibus querela ad ſimilitudinem inofficioſi teſtamenti legibus fuerit introducta, ut ſit in hoc actionis utriuſque vel una cauſa vel ſimilis exiſtimanda, vel idem & temporibus & moribus. Afferuntur pro hac ſententia & loci nonnulli aliunde petiti, præſertim ab Ant. Fab. *lib. 3. conject.* 17. Et primum, quod apud Ulpianum *l. ſi libertus. 16. ff. de jur. patron.* legimus, ſi libertus ſe minorem centenario in fraudem legis fecerit, in totum non valere quod actum eſt: unde colligunt etiam donationem inofficioſam, quæ & ipſa in fraudem legis fit, in totum non valere aut revocari. 2. *l. cum rer. 4. C. de contr. empt.* ubi cum mulier omnia ſua bona donaſſet Luciano, eaque defuncta relicto filio Lucianus bona ſibi donata & tradita emiſſet à filio herede donatricis, aiunt Imperatores hanc emptionem prodeſſe poſſe Luciano ad defenſionem, *ne (filius) exemplo inofficioſi teſtamenti poßit hæc avocare:* quæ verba videntur manifeſte oſtendere filium immodicam donationem à matre

factam

factam in ſolidum revocare. Nam pronomen illud, *hæc*, non alio referri poteſt, quam ad illa antecedentia, *omnia bona tibi ab eo donata.* Cæterum hæc ad deciſionem hujus quæſtionis non ſatis momenti habent. Nam dici poteſt comparationem illam utriuſque querelæ non abſolute, ſed ſecundum quid accipiendam eſſe, quatenus ſcilicet una & ſimilis utriuſque cauſa eſt, eademque temporibus & moribus, cum utraque quinquennio finiatur, & excludatur exceptione ingratitudinis: & verba hæc *l. ult. C. de inoff. donat. omnique querela ad ſimilitudinem inofficioſi teſtamenti legibus introducta*, commode ſic accipiuntur, omnibus ſcilicet legibus, quæ de hac querela diſpoſuerunt, vel pro omnibus, quibus conceſſa querela inofficioſi teſtamenti: ut illud diſcrimen adhuc maneat, quod licet teſtamentum inofficioſum in totum reſcindatur; immodica tamen donatio pro parte duntaxat: idque hac ratione, quia teſtamentum inofficioſum privat liberos hereditate, quæ tacita quadam lege naturæ liberis debetur: at donatio inofficioſa non facit, quominus iidem donatori heredes ſint, qui ſine donatione futuri erant *l. 4. C. de contr. empt.* ſed ut qui erunt tantum non percipiant, quantum donatione non facta omni jure habituri eſſent, puta portionem ſaltem legitimam.

Sed & comparatio inofficioſæ donationis, & donationis factæ à liberto in fraudem legis & patroni dici poteſt claudicare. Utramque quidem in fraudem legis fieri, ſed illam liberti in totum: quia libertus donando ſe minorem faciens centenario, facit omni ex parte in fraudem legis *d. l. ſi libertus. 16. ff. de jur. patron.* Inofficioſam autem donationem hactenus, quatenus dodrantem aut beſſem (ut hodie) excedit; in reliquum fieri lege permittente. Illam liberti ipſo jure non valere. *d. l. ſi libertus.* hanc etiam, qua parte inofficioſa eſt, ipſo jure valere ab initio, ſed inſtituta querela, quatenus inofficioſa eſt, reſcindi, *tot.*

tit,

tit. C. de inoff. donat. Ad deciſionem quoque quæſtionis propoſitæ non multum facit *d. l.4.C.de contr. empt.* quoniam ibi alia quæſtio principaliter tractatur: nec eſt neceſſe, ut propter id, quod in fine conſtitutionis dicitur, filium non poſſe hæc avocare, dicamus alias eum bona omnia, quæ donata ſunt, poſſe avocare. Conſtat reſcripti ſententia, ſi alias quædam avocare potuiſſet: nec verba reſpuunt hanc interpretationem, quod ſcilicet hoc ſentiant Imperatores, uſque ad eam partem, quam alias avocare poſſet filius, Luciano emptionem prodeſſe, nempe ut ex emptionis cauſa etiam trientem retinere poſſit, quem ex cauſa donationis retinere non poterat. Majorem ſpeciem habet, quod Alexandrum Imperatorem Claudiano Juliano reſcripſiſſe Paulus in *l. Titia Sejo.* 87. §. 3. *de legat.* 2. memorat donationem totius patrimonii in unum ex duobus liberis collatam pro dimidia parte revocari: quod non niſi de dimidia totius, quod donatum eſt, capi poſſe videtur: cui conſequens eſt, ſi in extraneum talis donatio conferatur, eam revocari in ſolidum.

Sed tamen ego huic ſententiæ acquieſcere non poſſum: & magis puto ex cauſa inofficioſæ donationis non totum revocari quod donatum eſt: ſed pro ea tantum parte, pro qua donatio eſt inofficioſa, modum ſcilicet legitimum excedens, & quartam iis, quibus debetur, adimens. Non una me eo impellit aut ratio aut auctoritas. Nam primo, quoties lex ad certum modum aliquid permittit, ſi hic modus excedatur, non totum infirmatur quod geſtum eſt, ſed quod illicite geſtum eſt duntaxat. *l. placuit.* 29. *ff. de uſur. l. ſancimus.* 34. *C. de donat.* Et quid notius regula, utile per inutile non vitiari. *l.* 1. §. *ſed ſi mihi.* 5. *ff. de verb. oblig. C. utile. de reg. jur. in* 6. 2. Quia alias in caſu donationis omnium bonorum, aut ejuſmodi partis, quæ legitimam minuat, ſupervacanea eſſet conſtitutio. *l. ſi unquam.* 8. *C. de revoc. donat.* quoniam certum eſt

jure

jure veteri liberis ſive tempore donationis jam natis, ſive poſtea editis hanc querelam competiiſſe. 3. Probatur hæc ſententia textu expreſſo in *l. 2. C. de inoff. donat.* ubi donatio immenſa in filium in poteſtate conſtitutum collata hactenus revocari dicitur, ut officio arbitri familiæ erciſcundæ quarta pars debitæ ab inteſtato portionis ſorori ejus præſtetur incolumis. Reſpondet Ant. Faber, vim oppoſitionis duorum caſuum, quorum uno donatio in filiumfam. collata, altero in emancipatum, in hoc ſitam eſſe, quod priore caſu legitima tantum, poſteriore totum revocetur. Sed hoc prorſus commentitium eſt, vel quia priore potius caſu donatio ex ratione juris nulla & invalida in ſolidum revocanda erat: vel potius quia, ut ex ipſo textu apparet, in hoc oppoſitio conſiſtit, quod priore caſu remedio ordinario, poſteriore extraordinario querela inofficioſæ donationis revocetur: utroque autem caſu uſque ad legitimam. 4. Per *l. ſi totas. 5. C. eod. tit.* ubi dicitur ex donatione immenſa detrahi, quod neceſſe eſt relinqui liberis non ingratis ad ſubmovendam inofficioſi querelam. Reſpondet Ant. Faber, donatorem ibi tempore donationis alios liberos non habuiſſe, eoque initio inſpecto donationem non fuiſſe inofficioſam. Quid tum poſtea? Nonne ſatis eſt donationem poſtea propter alios liberos ſuſceptos inofficioſam fieri, ut liberi queri poſſint? De cujus querelæ natura ſi eſt, ut donatio in ſolidum revocetur, etiam hoc caſu eundem effectum habere debet. 5. Huc accedit textus in *l. ſi mater. 7. C. eod.* ubi Imperatores non totum, quod geſtum eſt, revocari aiunt, ſed diſertis verbis, quod immoderate geſtum eſt. Reſpondet Ant. Faber, totum revocari quod immoderate geſtum eſt, non quatenus immoderate geſtum eſt: quod eſt apertum σόφισμα, meraque cavillatio. Ex hoc autem loco petenda eſt & explicatio. *l. Titia Sejo. 87. §. 3. ff. de legat. 2.* ubi eadem plane ſpecies proponitur & deciditur,

ditur, quæ in hac *l. ſi mater.* excepto eo, quod illic avia in unum è duobus nepotibus totum patrimonium ſuum effudiſſe proponitur, hic mater in unum è duobus filiis. Igitur quemadmodum hic non dimidium totius quod donatum eſt, ſed dimidium ejus quod illicite donatum eſt, revocatur, vel, ut hoc apertius Imperatores in *d. l. ſi mater.* explicant, dimidium quartæ partis, quod ad excludendam inofficioſi teſtamenti querelam adverſus agentem ſufficeret: ita etiam illic, nempe in *d. l. Titia Sejo.* §. 3. dimidiam partem accipere debemus, partem dimidiam ejus, quod immoderate geſtum eſt, non omnium bonorum, ſed portionis legitimæ, utrique ſcilicet debitæ: eoque facit & *Novell.* 92. cujus ſpeciem ex Harmenopulo ponit Cujacius *lib. 5. obſerv.* 14. 6. Facit huc optimus textus in *l. ſi liqueat.* 8. *in fin. pr. C. de revoc. donat.* ubi expreſſe dicitur, pro ratione quartæ, quod donatum eſt, deminui. Reſpondet Anton. Faber, intelligi ibi quartam non legitimam, ſed quartam ab inteſtato debitam: fingitque in caſu illic propoſito matrem quatuor reliquiſſe liberos: quod vix confutatione indiget. Quod autem ibidem addunt Imperatores, *ad inſtar inofficioſi teſtamenti convicti*, illa comparatio non ad quantitatem quæ revocetur, ſed ad jus revocandi pertinet. 7. Idem evincitur ex *l. un. C. de inoff. dot.* ubi itidem ad exemplum querelæ inofficioſi teſtamenti dicitur liberis adverſus dotem immodicam actionem dari, ut iis emolumenta debita conferantur. Emolumenta debita ſunt illud ipſum, quod in *l. 5. C. de revoc. donat.* appellatur debitum bonorum ſubſidium. Non me latet pleroſque ita diſtinguere, ut ſi in extraneos collata ſit donatio cum conſilio fraudandi, tunc tota revocetur: ſi ſine conſilio fraudandi, pro parte tantum: ſi in aliquem ex liberis, indiſtincte pro parte duntaxat; eamque diſtinctionem judiciis & conſuetudine publica probari, teſtibus *Sichard. in l. 1. n. 4.*

C. de

C. de inoff. donat. Gomez 2. var. reſolut. 4. n. 14. Covar. pract. quæſt. 19. n. 12. Cæterum juri ſcripto conſentaneam non eſſe patet ex *d. l. 1.* ubi extranei & liberi eodem jure cenſentur. Nec vero perſona accipientis donationem inofficioſam facit, ſed profuſa liberalitas: nec refert eventum tantum donatio, an & conſilium fraudandi habuerit. *d. l. 1. l. 7. C. eod.*

CAPUT XXXIV.

An pro mortis cauſa donatione haberi debeat, ſi donator mortis mentione facta adjecerit clauſulam, ſe nullo modo revocaturum donationem?

MOrtis cauſa donatio eſt, quæ propter mortis fit ſuſpicionem; veluti cum quid metu mortis vel ex præſenti vel ex futuro periculo donatur; puta ſi donator gravi morbo laboret, ſi periculoſam peregrinationem vel navigationem ſuſcepturus ſit, ſi iturus in militiam, ſi peſtis graſſetur, &c. *l. 2. & aliquot ſeqq. l. ſenatus. 35. §. mortis. 4. ff. de mort. cauſ. donat.* Cæterum an propter mortis ſuſpicionem donatio facta ſit, ex verbis donatoris æſtimandum eſt: nec enim ſufficit ad hanc donationem à moriente aut in periculo mortis poſito quid donatum eſſe, niſi verbis declaraverit, ſe ob metum propinquæ mortis donaſſe: alioqui non tam mortis cauſa, quam moriens donaſſe cenſetur. *l. Seja. 42. §. 1. in fin. ff. de mort. cauſ. donat.* Quin etiam extra ſuſpicionem alicujus periculi, & à ſano atque in bona valetudine conſtituto mortis cauſa recte donatur ſola cogitatione mortalitatis. *d. l. 2. & d. l. ſenatus.* §. 4. Sed itidem verbis hoc declarandum eſt, ne alias donatio pro pura & ſimplici habeatur. In omni autem mortis cauſa donatione, qui donat, ſe primum & principaliter cogitat, atque amore vitæ recepiſſe potius, quam dediſſe mavult: & ut verbo dicam, ſe potius habere vult, quam eum, cui donat; illum deinde potius, quam here-

heredem ſuum. *l.* 1. *d.l. ſenatus.* §. 2. *eod.* Atque hæc ratio eſt, cur hanc donationem revocare liceat, ſecus atque donationem inter vivos: quippe in qua qui donat, donatarium ſolum cogitat, atque illum quem ſe habere mavult. Tribus autem caſibus mortis cauſa donatio fit irrita aut revocari poteſt, duobus ex parte donantis, pœnitentia, & periculi, cujus intuitu donatio facta, ſublatione: uno ex parte donatarii, ſi is ante donatorem moriatur. *l. mortis cauſa.* 19. *l. ſi mortis.* 29. *& l. ſeq. ff. eod.* §. 1. *Inſt. de donat. l. non omnis.* 19. *ff. de reb. cred.* quanquam conventione effici poteſt, ut ne revocetur omnibus iſtis caſibus. *l. ſi alienam.* 13. *in fin. ff. de mort. ca. donat.* Illud autem quæſitum eſt, an & illa donatio pro mortis cauſa donatione habenda ſit, ſi donator mortis mentione facta adjecerit clauſulam, ſe nullo caſu aut modo donationem revocaturum. Et magis eſt, ut ea non pro donatione mortis cauſa, ſed pro donatione inter vivos habenda ſit: quod & communiter placuit. *Bart. poſt. Gloſſ. in l. ubi ita donatur.* 7. *ff. eod. Clar.* §. *donatio. quæſt.* 4. *Gomez. lib.* 2. *var. reſol. c.* 4. *n.* 22. *Schneid. in* §. 1. *Inſt. de donat. n.* 3. *&* 4. *Fachin. lib.* 5. *c.* 23. *Tulden. C. de mort. cauſ. donat. n.* 3. *Perez. ibid. n.* 12. *Bachov. ad Treutl. vol.* 2. *diſp.* 19. *theſ.* Etenim cum ex ſententia Juliani relata & probata ab Ulpiano in *l.* 2. *ff. eod.* ex mortis cauſa donatione vel non ſtatim tranſeat dominium, vel tranſeat ſub tacita conditione, ut ſcilicet non ante pro perfecta habeatur, quam mors fuerit inſecuta. *l. non videtur.* 32. *ff. eodem.* mortis cauſa donatio dici non poteſt, per quam pure & abſolute omnique jure revocandi excluſo dominium transfertur. Deinde cum in omni donatione mortis cauſa, donator ſe primum cogitet, & ipſe rem habere malit, quam donatarium. *l.* 1. *l. ſenatus.* 35. §. 2. *ff. eodem.* mortis cauſa donationi non poteſt adſcribi illud genus, in quo donator ſolum ſpectat donatarium,

tium, & illum potius, quam ſe habere vult. Nam cui non competit definitio, ei nec definitum competere poteſt. Unde etiam plus quam manifeſtum eſt, hic deficere partem aliquam donationis cauſa mortis ſubſtantialem, & ideo in aliam donationis ſpeciem rem tranſire, quidquid in contrarium diſputet Ant Faber *deciſ.* 45. *err.* 1. Imo nec poteſt ullo modo videri mortis cauſa, id eſt, propter mortem & periculum imminens donatum eſſe, cujus revocandi facultatem omnem ſibi donator ademit. Et hoc eſt, quod Marcianus reſponſo ſuo ſignificat in *l. ubi ita.* 27. *ff. eod.* cum ait, *Ubi ita donatur mortis cauſa, ut nullo caſu revocetur, cauſa donandi magis eſt, quam mortis cauſa donatio: & ideo perinde haberi debet, atque alia quævis inter vivos donatio.* Ait, *cauſa donationis magis eſt, quam mortis cauſa donatio:* id eſt, in ejuſmudi donatione mors eſt potius cauſa impulſiva & occaſio donandi, quam cauſa finalis, ſeu τὸ οὗ ἕνεκα. Unde infert perinde eam haberi debere, atque aliam quamvis donationem inter vivos: quæ verba aperte oſtendunt, Marcianum hanc quoque donationem pro ſpecie donationis inter vivos agnoſcere. Denique, quia talis donatio, ut & cæteræ inter vivos, nullam ſimilitudinem cum legatis habet. §. 2. *Inſt. de donat.* hinc porro infert, nec inter virum & uxorem eam valere, nec Falcidiam pati: quod utrumque in donatione mortis cauſa ſecus ſe habet. *l.* 9. *in fin. cum l. ſeq. ff. de donat. int. vir & uxor. l.* 5. *C. ad leg. Falcid. l.* 2. *C. de don. mort. cauſ.* Fruſtra autem huic ſententiæ objicitur *l. ſi alienam.* 13. §. 1. *ff. de mort. cauſ. donat.* ubi Marcellus notat in mortis cauſa donationibus etiam facti quæſtiones eſſe: poſſe ſic donari, ut omnimodo ex ea valetudine donatore mortuo res non reddatur, & ut reddatur, etiamſi prior ex eadem valetudine donator deceſſerit, ſi jam mutata voluntate reſtitui ſibi voluerit. Sed & ſic poſſe, ut non aliter reddatur, quam ſi prior ille, qui acce-

accepit, deceſſerit: denique ſic quoque poſſe, ut nullo caſu ſit ejus repetitio, id eſt, nec ſi convaluerit quidem donator: quod totidem & iiſdem verbis etiam apud Paulum relatum eſt *l. ſenatus*. 35. §. 4. *ff. eod.* Nam Juriſconſulti illic proponunt diverſos caſus, quibus propter mortem vel donantis vel donatarii pro varietate legis adjectæ revocetur aut non revocetur mortis cauſa donatio ſecus atque ſi nulla lex adjecta fuiſſet, ſalvo tamen hic manente jure revocandi ex pœnitentia. Aliquis enim ſaltem caſus manere debet, quo revocari hæc donatio poſſit, & dici donatorem ſe habere maluiſſe [illegible] quam eum cui donavit: in quo ſubſtantia hujus do[illegible]nis conſiſtit. Quid vero reſpondebimus ad *No*[illegible] *in præf. & c.* 1. Juſtiniani eſſe nemo, qui eam lege[illegible] inficiabitur. Et ideo nolim dicere vix eſſe, ut e[illegible] ad deciſionem cauſæ allegari poſſit: quanquam à recentioribus inſerta eſt. Sed reſpondemus ex toto tenore tum præfationis, tum *d. c.* 1. *Novell.* 87. ſatis clare apparere Imperatorem loqui de renuntiatione revocationis non indefinita aut abſoluta ex omni cauſa, ſed ex una duntaxat, nempe ex cauſa pœnitentiæ. Relinquitur itaque ut ex aliis cauſis adhuc revocari queat, puta ob remotionem periculi, cujus contemplatione donatio facta, aut ſi durante adhuc periculo præmoriatur donatarius. Nos autem hic diſputamus, cujus generis donatio habenda ſit, cum quis mortis cauſa ſe donare dicit ea lege ſimpliciter & abſolute adjecta, ut nullo caſu revocetur. Cujuſmodi donationem dicimus annumerandam eſſe donationibus inter vivos: mortis autem cauſa donationem non eſſe, niſi κατὰ τὸ λέγεσθαι.

CAP.

Digitized by Google

CAP. XXXV.

An diſſenſio in cauſis dandi & accipiendi impediat dominii tranſlationem?

NIhil tam conveniens eſt æquitati naturali, quam voluntatem domini rem ſuam in alium transferre volentis ratam haberi. *l. qua ratione.* 9. §. 3. *ff. de acq. rer. dom.* §. *per traditionem.* 40. *Inſt. de rer. diviſ.* quippe cum ſuæ quiſque rei moderator ſit & arbiter. *l. in re.* 21. *C. mandat.* Cæterum, ut quis velle rem ſuam in alium transferre intelligatur, duo hæc concurrere debent: primum, ut ſciat rem ſuam eſſe, quam transferre cogitat: deinde, ut juſtam cauſam habeat, cur velit, puta quia vendidit, dare promiſit, &c. Prius ideo deſideratur, quia nemo, qui errans in dominio rei ſuæ, ſuam eſſe ignorans, eam pro aliena tradit, hoc animo eſt, ut eam transferat. *l. ſi procurator.* 35. *ff. de acq. rer. dom.* & arg. *l. ſi per errorem.* 15. *ff. de iuriſdict.* Aio in dominio rei ſuæ: nam ſi quis non erret in re ſua, non in ea, de qua transferenda agitur; ſed in re alia, puta in cauſa debendi, hic error alienationi non obſtat: ac propterea indebiti per errorem ſoluti nulla vindicatio eſt. Alterum ideo neceſſarium, quia nemo rem ſuam alicui tradit transferendi gratia, niſi cauſam habeat cur id faciat. Hinc illud Pauli, *Nunquam nuda traditio transfert dominium, ſed ita, ſi venditio, aut alia juſta cauſa praceſſerit, propter quam traditio ſequeretur. l. nunquam.* 31. *ff. de acq. rer. dom.* Nec dicat quiſquam hoc requiri ſuperflue, cum ſi nulla cauſa adſit, præſumi debeat donatio, arg. *l. Campanus.* 47. *ff. de oper. libert.* quoniam hoc tunc ſolummodo locum habet, cum res conſulto data eſt. *l. cujus per errorem.* 53. *ff. de reg. jur.* Illud non refert, revera præceſſerit cauſa, an opinione tradentis, veluti ſi indebitum per errorem tanquam ex juſta cauſa debitum ſolutum ſit.

Sed

Sed quæſtionis eſt, ſi ego ex una cauſa tibi tradam, tu ex alia accipias, an hæc in cauſis tradendi & accipiendi diſſenſio obſtet, quominus dominium transferatur. Et ſiquidem vel in tradente nulla ſit cauſa dominii transferendi, vel in accipiente nulla nanciſcendi, nemo dixerit dominium transferri: verbi cauſa, ſi ego deponam apud te pecuniam, tu quaſi mutuam accipias: aut è converſo, ſi ego tibi dem pecuniam quaſi mutuam, tu quaſi commodatam accipias oſtentandi cauſa; hic, inquam, certum eſt dominium non transferri, quoniam non concurrit affectus ex utraque parte contrahentium, quem ad tranſlationem dominii requirimus. *l. in omnibus.* 55. *ff. de obl. & act.* Ac talis ſpecies eſt, quæ proponitur ab Ulpiano in *l. ſi ego pecuniam.* 18. §. 1. *ff. de reb. cred.*

Nihil ibi dicit Juriſconſultus de nummorum dominio aut de extantium in his cauſis repetitione, quia ea res expediti juris eſt, nempe extantes nummos poſſe vindicari, propterea quod eorum dominium tranſlatum non eſt. *l. rogaſti.* 11. §. *ult. ff. d. tit.* §. *ult. Inſt. quib. alien. lic.* ſed quia de conſumptis dubitari poterat, reſpondet eo caſu locum eſſe condictioni, non vindicationi: & recte, cum in neutra ſuperiore ſpecie contingat, ut is à quo repetuntur, aut poſſideat nummos conſumptos, aut dolo malo deſierit poſſidere. Nunquam autem actione in rem tenetur, qui non poſſidet, ſi ſine dolo deſiit poſſidere. *l. qui petitorio.* 36. *ff. de rei vind.* Intelligit autem haud dubie condictionem ſine cauſa, cum nullum negotium inter tam aperte diſſentientes contrahi manifeſtum ſit. Addit Juriſconſultus *ſine doli exceptione.* Reſpiciens nimirum ad ſpeciem initio *d. l. ſi ego pecuniam.* propoſitam, ubi nummis conſumptis ita condictione teneri dixit accipientem, ut tamen doli exceptione ſe tueri queat, eo quod ſecundum voluntatem dantis conſumpti eſſent. Secus jam eſſe dicit

dicit in ea, quam nunc tractat, ſpecie: & merito. Sive enim quis pecuniam det quaſi deponens, ſive quaſi mutuam, utroque caſu hoc animo dat, ut repetat. Proinde quamvis nummi conſumpti ſint ſecundum voluntatem dantis, ut fit, cum quaſi mutui dati ſunt; tamen quia non eſt hæc voluntas, ut nummi maneant, ſed ut etiam conſumpti reddantur, ſemper cum repetentur, certum eſt non repeti eos contra voluntatem, ut contingit in eo, qui quaſi donaturus dedit; ſed maxime ſecundum voluntatem dantis & accipientis; quæ res accipienti omnem exceptionem & tergiverſationem adimit. At enimvero ſi utrinque ſubeſſe exiſtimetur cauſa idonea, ex qua dominium transferatur, veluti ſi tibi tradam fundum tanquam à me debitum ex teſtamento, tu quaſi ex ſtipulatu debitum accipias; vel ſi ego tradam tibi pecuniam donandi animo, tu eam accipias quaſi creditam, hic quia ex utraque cauſa id pariter agitur, ut dominium transferatur, puto traditionem efficacem eſſe, dominiumque in accipientem tranſire: ſic enim generaliter definit Julianus in *l. cum in corpus.* 36. *ff. de acquir. rer. dom.* Videtur tamen à Juliano diſſentire Ulpianus in ſpecie poſteriore, cum videlicet pecuniam tibi dedi quaſi donaturus, tu quaſi mutuam accepiſti. *d. l. ſi ego pecuniam.* 18. *pr. ff. de reb. cred.* primum negat Ulpianus hic eſſe donationem; ſed hoc etiam ex ſententia Juliani. Deinde ait nec mutuam eſſe: ne in hoc quidem, ut opinor, alter ab altero diſſenſit, quia mutuo data non eſt. Sed quod idem Ulpianus addit poſtea, *magiſque nummos accipientis non fieri*, in eo dixeris eum diſſidere à Juliano, qui generaliter definit, diſſenſum in cauſis tradendi & accipiendi non obſtare tranſlationi, cum in corpus acquirendum conſentimus: atque hanc regulam etiam eodem exemplo declarat in *d. l. cum in corpus. de acq. rer. dom.* quod proponitur ab Ulpiano in *d. ſi ego pecuniam. pr.* Sunt, qui hoc diſſi-

dum componi poſſe negant. Et ſane vix ferri poteſt, quod *Alciat. lib. 5. parerg. 15. Zaſius in d. l. ſi ego. n. 7. & ſeqq. Broncborſt. 2. aſſert. 21. Pac. 3. enant. quaſt. 67.* ad horum locorum conciliationem afferunt, nempe diverſas in iis proponi ſpecies: apud utrumque quidem pecuniam tradi donandi gratia, ſed apud Julianum eam ſic accipi quaſi debitam accipienti ex præcedente contractu, ſeu ſolutionis cauſa datam: apud Ulpianum, quaſi mutuo datam à tradente: pecuniam creditam apud Julianum ſic interpretantes, non quaſi creditam à tradente ſive mutuam datam accipienti, ſed quaſi creditam antea tradenti ab accipiente, qui putet eam tanquam ſibi debitam nunc ſolvi. Utique hanc interpretationem contextus pati non poteſt. Nam ex verbis præſentis temporis, quibus Julianus utitur, nempe *tradam* & *accipias*, apparet etiam donandi animum & crediti verbum ad idem tempus referri debere, ut ſit ſenſus, ſi pecuniam tibi tradam donandi gratia, tu eam quaſi nunc creditam tibi accipias: non poteſt autem pecunia intelligi nunc à te credita, cum à te non ſit profecta, qui eam non das, ſed à me, qui eam tibi trado. Ego enim is ſum qui dicor eam tibi tradere: ac proinde etiam cum credita eſſe poſtea dicitur, à me quoque credita, id eſt, tibi mutuo data intelligi debet. Quanquam, quid hoc verbo intellexerit Julianus, anxie laborare non debemus: nam etſi demus non eſſe id exemplum, quod diximus, tamen definitio generalis poſita in *d. l. cum in corpus.* ſatis id exemplum & ſimilia omnia complectitur, ubi id actum, ut dominus fieret, qui accepit: quod utique etiam tunc agi intelligitur, cum tibi dedi pecuniam donandi animo; tu eam quaſi mutuam accipis, quoniam & hic in eo conſentitur, ut proprietas, id eſt, dominium *l. 13. ff. de acq. rer. dom.* tranſeat in accipientem, licet ille hoc animo ſit, ut parem ſummam quandoque reſtituat. Neque video quid interſit,

utrum

utrum conventio aliqua de donando ſive revera ſive opinione tradentis præceſſerit, an ſtatim & actutum nulla conventione præcedente donandi cauſa pecuniam tradiderit, eaque quaſi mutua accepta ſit: neque enim minus hoc quam illo caſu ex utraque parte id pariter agitur, ut dominium transferatur. Si qua eſt componendi ratio, ea eſt quam affert Connanus *lib. 3. comment. c. 17.* & Donellus ad *d. l. ſi ego pecuniam.* nimirum verba hæc Ulpiani, *magiſque nummos accipientis non fieri*, duplicem pati poſſe interpretationem: poſſe ſic accipi, ut nummi omnino non fiant accipientis: poſſe etiam ſic, ut non fiant perfecte, non irrevocabiliter, non ita ut apud eum manere debeant. *arg. l. aliud eſt capere. 71. ff. de verb. ſignif. l. non videtur. 51. de reg. jur. l. cum quis. 38. §. qui hominem. 3. ff. de ſolut.* comparate videlicet, & reſpectu acquiſitionis rei, quæ ex cauſa donationis traditur & accipitur: fiant tamen ejus inſpecto initio, quia proprietas eorum ſtatim transfertur, cujus rei hic effectus eſt, ut etiamſi adhuc extent, vindicari nequeant. Hoc autem poſteriore modo verba Ulpiani capienda eſſe propter illam quam diximus generalem definitionem Juliani. Quid quod hanc interpretationem etiam ratio ab Ulpiano ſubjecta nobis ultro ſuppeditat, *cum alia opinione acceperit:* quippe qui donatum ſibi tanquam mutuum accipit, non eo animo eſt, ut dominus non fiat, ſed ut non fiat ſimpliciter, & ſine obligatione reſtituendi tantundem, tanquam ex cauſa donationis. Unde apparet Juriſconſultum, licet his verbis, magiſque nummos accipientis non fieri, videatur reſpondere de domino, vi tamen ipſa reſpondere de repetitione, nempe etſi fiunt quidem nummi accipientis, non tamen fieri perfecte, non ita quin avocari queant. Igitur ais, inquiet aliquis, ſi tibi dem pecuniam donandi gratia, tu eam quaſi mutuam accipias, nummos, etiamſi adhuc extent, vindicari non poſſe? Aio

enimvero: hoc enim neceſſario conſequitur poſita dominii nummorum tranſlatione. Neque contrarium eſt, quod Ulpianus in *d. l. ſi ego pecuniam.* ſcribit, *Quare ſi eos conſumpſerit, licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit; quia ſecundum voluntatem dantis nummi conſumpti.* Nam inde non recte colligas, ſi nummi adhuc extant, eos vindicari poſſe; ſed hoc tantum, poſſe eo caſu condici ſine metu exceptionis: cum ſi conſumpti fuerint, licet condictio perſeveret, ea tamen non noceat accipienti, cum poſſit condicentem repellere exceptione doli, propterea quod ſecundum voluntatem ejus conſumpti ſunt. Perinde ergo eſt, ac ſi dixiſſet, licet nummi condici poſſint, ſive extent, ſive conſumpti ſint: hoc tamen intereſſe, quod conſumptis nummis condictio ſit inefficax, &c. Idem autem de extantibus nullo modo dici poteſt, ac ne quidem de conſumptis poſt revocatam voluntatem. Nec vindicari igitur extantes poſſunt, quippe dominio eorum in accipientem tranſlato; nec conſumpti efficaciter condici, quia conſumpti ſecundum voluntatem dantis. Si vero adhuc extent, condictio erit efficax, eoſque mutata ante conſumptionem voluntate repetens nulla exceptione ſummoveri poterit. Locus autem hic erit condictioni ſine cauſa. Nam cum nummi ad accipientem pervenerunt ſine ea cauſa, ob quam vel dati vel accepti ſunt, condictionem ſine cauſa inde naſci neceſſe eſt, ſi dominium, quod jam probavimus, in accipientem tranſlatum eſt, *l.* 1. *in fin. ff. de condict. ſin. cauſ.*

CAP.

Cap. XXXVI.

Poſsitne dari plena poſſeſſionis definitio, quæ ſpecies omnes complectatur: & quænam ſint iſtæ ſpecies?

VArii variis modis definire conati ſunt, quid ſit poſſeſſio: ſed nimium ſcrupuloſi fuerunt, & plerique in hiſce definitionibus in vitium illud inciderunt, quod Galenus φιλολυσίαν apellat, quaſi libidinem & nimium amorem in definiendo. Atque hi longiſſime receſſerunt à more & exemplo veterum Juriſconſultorum, qui in quærenda & conficienda accurata poſſeſſionis definitione noluerunt nimis eſſe ſoliciti. Utique Paulus noſter in *l. 1. pr. ff. de acq. poſſ.* contentus fuit etymo verbi, & nuda aliqua deſcriptione, cum poſſeſſionem vocat κατοχὴν, id eſt, detentionem. Ait autem porro poſſeſſionem dictam eſſe à ſedibus, quaſi poſitionem ſedium: ita enim in libris Florentinis legitur; ac melior eſt hæc lectio, quam vulgata illa Accurſii, Bartoli & aliorum, qui legunt, *Poſſeſſio apellata eſt à pedibus, quaſi pedum poſitio*: nam poſſeſſio in etymo vocabuli nihil commune habet cum pedibus. Poſſidet ergo, qui ſedes poſuit: nec à grammatica notatione id abhorret, *poſseſſio, poſitio ſedium.* Grammatici tamen poſſeſſionem derivant à verbo *ſedeo* juncta particula *pos*, aut *potis pote*: unde adhuc hodie dicitur *impos, compos, poſſum*, quaſi pos vel potis ſum; & *poſſidere*, quaſi poſſe ſedere. Qui enim poſſidet agrum, is ingredi, diſcedere, redire, item ſedere & tenere poteſt. Atque hæc ipſa derivatio Juriſconſultis improbari non poteſt, qui & poſſeſſionem acquirere nos poſſe aiunt, ſi ejus rei, quæ ante oculos noſtros poſita eſt, apprehendendæ poteſtas nobis fiat, etſi eam manu aut pedibus non attigerimus. l. 1. §. *ſi juſſerim.* 21, *ff. de acq. poſſ. l. quod meo.* 18. §. 2. *eod.*

Digitized by Google

eod. & poſſeſſionem tamdiu nos retinere, donec facultatem & poteſtatem redeundi, inſiſtendi, atque inſidendi habemus. *l.* 6. §. *ult. & l. ſeq. ff. eod.* Hinc jam ubi in hunc locum inciderunt, arrepta plerique occaſione diſputant de vi argumenti ab etymologia ſive notatione, & contra à nomine ſumpti ſive de mutua arguendi affectione, quæ inter nomen & notationem intercedit. Sed hæc diſputatio cum non ſit hujus loci & tota logica, ad logicos remittenda eſt. Illud certum eſt, etymologiam aptiorem eſſe ad explicandum, quam ad probandum. Eſt enim, ut Galenus ait *lib.* 2. *de decret.* Hippocr. & Plat. μάρτυς ἀλάζων, quamvis, ut quibuſdam placet, ſit ἐξηγητὴς δεινὸς, interpres idoneus. Notandum porro eſt, interdum poſſeſſionis verbo proprietatem ſignificari. *l. interdum.* 78. *ff. de verb. ſign.* καὶ τὴν οὐσίαν. Cicero in *paradox. Dives eſt, cui tanta poſſeſſio eſt, ut liberaliter poſſit vivere:* tanta poſſeſſio, id eſt, tanta ſubſtantia, tantæ facultates. Sed maxime de rebus ſoli ſeu prædiis dicitur. Cicero *orat.* 1. *in Catil. Qui magno ære alieno majores etiam poſſeſſiones habent:* apud noſtros paſſim. *l. pen. ff. de alien. jud. mut. ca. l. quæſitum.* 12. *pr. ff. de inſtruct. vel inſtrum. leg. l.* 3. *ff. de extraord. cogn. l.* 6. *l.* 15. *C. de rei vind. l.* 2. *C. de probat. l.* 8. *C. de compenſ.* &c. eadem ſcilicet ſignificatione, qua apud Græcos κτῆμα, aut apud Poëtas κτέαρ. Denique & illud notandum, poſſeſſionis verbum interdum abuſive uſurpari pro uſucapione, forte ideo, quia poſſeſſionis civilis proprius hic effectus eſt, ut eam ſuo tempore ſequatur uſucapio: ita uſurpatur id verbum in *l. denique.* 19. *ff. ex quib. cauſ. major. l. ait prætor.* 23. §. 1. *eod. l. poſſeſſio.* 20. *ff. de uſucap.*

Ergo, ut dixi, Paulus in *l.* 1. *pr. ff. de acq poſſ.* non definivit poſſeſſionem, ſed poſt allatum etymon nuda deſcriptione contentus dixit eſſe κατοχήν. Quomodo igitur eam definiemus? Sane quoniam defini-

tio

tio omnes ſpecies complecti debet, eaſque multas habet poſſeſſio, cum alia ſit civilis, alia naturalis; alia juſta, alia injuſta; alia corpore, alia jure conſtans, de quibus ſpeciebus mox ex profeſſo, maluerunt olim peritiſſimi homines à definitione poſſeſſionis abſtinere. Accurſius in *l. ſtipulatio.* 38. §. *hæc quoque.* 5. *ff. de verb. obligat.* ait eos auſos non fuiſſe poſſeſſionem definire. Quid ergo? an non poteſt dari plena & perfecta poſſeſſionis definitio, quæ ſpecies ejus omnes complectatur, atque, ut in ſcholis loquuntur, quæ cum ſuo definito reciprocetur? Aio enimvero: nam quod difficile eſt, non utique & impoſſibile. Quamobrem, ut mori publico ſatisfiat, eam hoc modo definio: Poſſeſſio eſt rei corporalis detentio, cui ineſt affectus vel proprio vel alieno nomine rem tenendi. Vox detentionis hic locum generis obtinet. Latius enim patet tenere, quam poſſidere; quippe cum is etiam teneat, qui ſine judicio, aut voluntate affectuve tenet. At detentio, quæ in poſſeſſione locum habeat, juncta eſſe debet cum affectione & voluntate tenendi. *l. qui jure.* 41. *ff de acq. poſſ.* qua de cauſa etſi tenet furioſus, non tamen poſſidet. *l.* 1. §. 3. *&* §. *ideo.* 10. *ff. eod.* Deinde detentio hæc vel vera eſt, puta cum is qui poſſidet, per ſe & corpore ſuo, non per alium poſſidet; vel ficta per juris interpretationem, puta cum poſſideo corpore alieno & animo meo, vel ſimul corpore & animo alieno. *l.* 3. §. *cæterum.* 12. *ff. eod.* unde orta diviſio poſſeſſionis in eam quæ jure, & eam quæ corpore conſiſtit. *l. nemo.* 10. *C. eod.* Sequitur, *rei corporalis*, quia res incorporales natura ſua poſſeſſionem non recipiunt. *l. ſi ædes.* 32. §. 1. *ff. de ſerv. præd. urb. l.* 4. §. *ſi viam.* 27. *ff. de uſuc. l. ſervus.* 43. §. 1. *ff. de acq. rer. dom.* Nulla enim res detineri poteſt, niſi corpus: & poſſeſſionis initium eſt corporis ad corpus adjunctio. Ac proinde rerum incorporalium dicitur quaſi poſſeſſio. *l. ait prætor.* 23. §. 2. *ex quib. cauſ. maj. l. ſi*

Digitized by Google

quis diuturno. 10. *ff. ſi ſerv. vind. l.* 3. *§. pen. ff. unde vi.* & interdicta conſtituta de ſervitutibus, quæ ſunt res incorporales, quaſi poſſeſſoria. *l. ult. ff. de ſervit. d. l.* 3. *§. pen. unde vi.* quæ cauſa eſt, quod Græci rebus incorporalibus non tribuunt *κατοχὴν* ſed *χρῆσιν.* Et recte igitur Theophilus *Inſt. de interd.* *νομὴ*, inquit, *ἐστι σωματικοῦ πράγματος κατοχή.* At male illi, qui ita diſtinguunt, ut dicant res corporales perfecte & nobiliori modo poſſideri, res incorporales minus perfecte. Dicendum enim eſt illas vere & proprie poſſideri, has non item: vox *quaſi* nota eſt improprietatis.

Non adjeci in definitione rei corporalis ab aliis poſſeſſoribus vacuæ: hoc enim qui addunt, putant rem eandem à pluribus in ſolidum poſſideri non poſſe: quod an verum ſit, merito dubites propter *l.* 3. *pr. ff. uti poſſid. l.* 6. *§.* 1. *ff. de acq. poſſ. l. ſciendum.* 15. *§.* 3. *ff. qui ſatiſd. cog.* cum ſimilib. Utique diverſi generis poſſeſſio penes duos eſſe poteſt, ut naturalis apud creditorem, civilis apud debitorem. *l. ſervi.* 16. *ff. de uſuc. l. qui pignori.* 36. *& l. ſeq. ff. de acq. poſſ. l. ſi pignus.* 37. *ff. de pign. act.* ſed hoc pluribus nunc excutere non lubet. Poſtremo non dixi in definitione, animo aut opinione domini, quod item plerique adjiciunt: quia tunc definitio ad eam fere ſpeciem poſſeſſionis duntaxat pertineret, quæ civilis eſt, & ad uſucapionem prodeſt. Nos vero omnes poſſeſſionis ſpecies definitione noſtra complecti voluimus: aperte autem duæ ſpecies poſſeſſionis conſtituuntur, quarum altera ſit cum animo & opinione domini, altera non item. *l.* 7. *§.* 4. *ff. comm. divid. l. quæcunque.* 13. *§.* 1. *ff. de publ. in rem act. l. ſi ſervus.* 22. *§.* 1. *ff. de nox. act.* Is cui ea mente poſſeſſio tradita eſt, ut eam poſt ea reſtituat, poſſidet, quamvis affectu domini rem non tenet. *l. ſi quis.* 17. *§.* 1. *in fin ff. de acq. rer. dom.* Si omittendæ poſſeſſionis cauſa res apud ſequeſtrem depoſita ſit, ſequeſter poſſidet. *l. intereſſe* 39. *ff. de acq. poſſ.*

Digitized by Google

poſſ. qui tamen animum dominantis non habet. Quare cum Theophilus §. 4. *Inſt. per quas perſ. cuiq. acq.* ita definit poſſeſſionem, νομή ἐστι τὸ ψυχῇ δεσπόζοντος νέμεσθαι, non eſt credendum eum in genere poſſeſſionem definire voluiſſe, ſed eam duntaxat ſpeciem, quæ civilis dicitur, accommodata ſcilicet definitione ad verba textus Juſtinianei. Nam cum dixiſſet Imperator, bonæ fidei poſſeſſorem uſucapto ſervo per eum ex omnibus cauſis acquirere, mox ſubjicit, fructuarium uſucapere non poſſe, addita etiam hac ratione, quia non poſſidet: quem tamen conſtat naturaliter poſſidere. *l.* 12. *ff. de acq. poſſ.* Videamus nunc quotuplex ſit poſſeſſio.

Prima & principalis diviſio poſſeſſionis hæc ſit, quod alia civilis eſt, alia naturalis. Civiliter poſſidet, qui animo & cogitatione domini poſſidet juſta ex cauſa & bona fide. Is autem ideo dicitur civiliter poſſidere, quia hæc poſſeſſio ei prodeſt ad civilem uſucapionis effectum: atque ad hanc ſpeciem tantum pertinet definitio illa Theophili ſupra relata. Hæc poſſeſſio ſæpe abſolute & κατ' ἐξοχὴν poſſeſſio dicitur, ut cæteri, quibus poſſeſſio ad uſucapionem non prodeſt, hoc reſpectu interdum dicantur non poſſidere. §. *de iis autem.* 4. *verſ. fructuarius vero. Inſt. per quas perſ. cuique acq.* ſed potius eſſe in poſſeſſione. §. 5. *Inſt. de interd. l.* 6. §. 2. *ff. de precar. l.* 9. *ff. de rei vind. l.* 8. *ff. commod.* Naturaliter poſſidet, qui injuſte, aut abſque animo & affectu domini poſſidet. Diviſio hæc petita eſt ex *l.* 1. §. *dejicitur.* 9. *& ſeq. ff. de vi & de vi arm. l. cum heredes.* 23. §. 2. *& l. ſeq. de acq. poſſ. l.* 2. §. 1. *ff. pro hered. l.* 3. §. *ult. l. tigni.* 7. §. 1. *ff. ad exhib. l. quæcunque.* 13. §. 1. *ff. de publ. in rem act. l.* 7. §. *neque.* 11. *ff. comm. divid.*

Civilis poſſeſſio ſemper juſta eſſe debet: naturalis modo injuſta eſt. *l. ſi cum.* 26. *pr. ff. de donat. int. vir. & ux. l. quod uxor.* 16. *ff. de acq. poſſ. l.* 1. §. 9. & 10. *ff.*

unde vi. l. 7. §. 4. ff. comm. div. modo juſta. *l.* 13. §. 1. *de publ. in rem. act. l.* 12. *ff. de acq. poſſ. l. ſi ſervus.* 22. §. 1. *ff. de nox. act. d. l.* 7. § 4. *comm. div.* & qui ita poſſident, interdum & bona fide poſſidere dicuntur. *l. ſi pignore.* 22. §. 2. *ff. de pign. act.* ſed tunc bonæ fidei poſſeſſor non intelligitur is, qui civiliter poſſidet, ſed qui juſte, licet non ex cauſa, ex qua dominium tranſire ſolet, ut in *d. l.* 13. §. 1. *de publ. in rem act.* & *d. l.* 22. §. 1. *ff. de noxal. act.* At in materia uſucapionis alio ſignificatu dicitur bonæ fidei poſſeſſor, nempe is qui civiliter poſſidet ad civilem uſucapionis effectum. Sed & qui injuſte, hoc eſt, ſine titulo poſſidet, ſi illæſam habeat rei alienæ, quam poſſidet, conſcientiam, forte quod in jure errans ſe dominum factum putet, bona fide poſſidere dicendus eſt, quamvis uſucapio ei non procedat. *l. ubi lex.* 24. *l. ſi fur.* 32. §. 1. *ff. de uſucap.* nam quæ poſſeſſio propter defectum tituli injuſta eſt, propter voluntatem domini eam tradentis pro bonæ fidei habenda eſt. *arg. l. fructus.* 45. *ff. de uſur.* Interpretes vulgo civilem poſſeſſionem ex animo, naturalem ex corpore & animo æſtimare ſolent, ſed minus recte: quanquam non tam craſſe diſputant, ut civilem exiſtiment per diſceſſum demum exiſtere; ſed eam, quæ cum naturali antea conjuncta erat, retineri; naturalem autem ſolam amitti, vel potius modum poſſidendi mutari: quippe corpore tenere aut animo, non tam eſſe ſpecies poſſeſſionis quam modos poſſidendi. *l.* 3. §. *Nerva.* 13. *ff. de acq. poſſ.* ubi hactenus res poſſideri dicitur, quatenus, ſi velimus, naturalem poſſeſſionem nanciſci poſſumus. Hinc vero apparet diviſionem poſſeſſionis in juſtam & in injuſtam non eſſe diviſionem primam, ſed ſubdiviſionem. Item non omnem poſſeſſionem injuſtam eſſe malæ fidei. Denique nec omnem naturalem eſſe injuſtam, neque omnem quæ juſta eſt eſſe civilem.

Digitized by Google

Porro eorum qui naturaliter poſſident, eſt & hæc ſubdiſtinctio, quod aut ſibi ſuove nomine poſſident, veluti quod prædo, aut quod conjux à conjuge ſibi donatum poſſidet; aut quod fructuarius, licet hic abſit animus dominantis. *l. fructuarius.* 21. *ff. quemad. serv. am.* Et hujuſmodi poſſeſſoribus etiam remedia poſſeſſoria dantur. *l.* 1. §. 9. *&* 10. *ff. de vi & de vi arm. l.* 3. §. 13. *eod.* aut nomine alieno: quomodo poſſident, quicunque noſtro nomine in poſſeſſione ſunt. *l. generaliter.* 9. *l. quod meo.* 18. *ff. de acq.* §. *poſſidere. Inſt. de interd. l.* 2. §. 1. *de act. empt. l.* 7. §. *item ſi duo.* 8. *&* §. *neque.* 11. *ff. comm. divid.*

Rurſus alia eſt poſſeſſio, quæ jure, alia, quæ corpore conſtat. *l. nemo.* 10. *C. de acq. hered.* quæ diviſio locum habet tam in civili, quam in naturali poſſeſſione. Civilis poſſeſſio corpore conſiſtit, cum ipſe per ſe poſſidet, qui eſt in conditione uſucapiendi. Jure eadem conſtat, cum per alium poſſidet, ut in *l.* 1. §. *per eum.* 8. *l.* 3. §. *cæterum.* 12. *l. quod meo.* 18. *l. qui pignoris.* 36. *ff. eod. l. ſervi.* 16. *ff. de uſucap.* Naturalis poſſeſſio corpore conſtat, cum is qui naturaliter poſſidet, per ſe poſſidet, non per alium: eadem jure conſiſtit, veluti ſi rem pignori obligatam debitor conduxerit aut precario rogaverit, poſſeſſio creditoris, quæ naturalis eſt, jure conſtat. *l. ſi rem.* 29. *l. ſi quis.* 36. §. *ult. & l. ſeq. ff. de pign. act. l. res pignoris.* 37. *ff. de acq. poſſ.*

In poſſeſſione, quæ jure conſtat, admittitur fictio, eaque jure civili, unde ortum habet, infirmatur. *l. ait prætor.* 23. §. 3. *ff. ex quib. cauſ. maj. l. in bello.* 12. §. 2. *ff de capt. & poſtl. rev.* Hinc eſt, quod hæc poſſeſſio plurimum juris habere dicitur, & non tantum corporis, ſed & juris eſſe. *l. poſſeſſio.* 49. *pr. &* §. 1. *ff. de acq. poſſ.* At poſſeſſio quæ corpore conſtat, facti magis eſt, quam juris. *l.* 1. §. *furioſus.* 3. *& ſeq. ff. eod.* id eſt, plurimum, ut alibi dicitur, facti habet.

habet. *l. denique.* 19. *ff. ex quib. ca. maj.* & ideo fictionis non eſt capax, nec infirmatur jure civili. *d. l. denique. l. ait prætor.* 23. §. 1. *ff. ex quib. cauſ. maj. l. cum heredes.* 23. §. 1. *ff. de acq. poſſ. l. in bello.* 12. §. 2. *ff. de capt. & poſtl. rep.* ubi Marcelli ſententia non diſtinguentis rejicitur approbata Juliani. Illud notandum eſt, poſſeſſionem, quæ corpore conſtat, aliquando appellari naturalem: quo ſignificatu naturalis poſſeſſio nihil aliud eſt, niſi poſſeſſio actualis, quam quis corpore ſuo habet, & naturaliter poſſidere, eſt non ſolo animo, ſed & corpore poſſidere, ut in *l. ea quæ* 53. *ff. de acq. rer. dom. l.* 1. *pr.* & §. 1. *l.* 3. §. 3. & 13. *l.* 23. *pr.* & §. 1. *ff. de acq. poſſ.* ſive corpore & animo poſſeſſioni incumbere, ut loquitur Marcellus in *l. qui bona.* 19. §. 1. *ff. eod.* Certe quod in *d. l.* 23. *pr.* dicitur naturaliter apprehendi, id in *d. l.* §. 1. dicitur corporaliter amitti, ita ut hæc ſubinde promiſcue ſumantur, naturaliter poſſidere & corporaliter. Et hoc ſenſu ſi accipias naturalem poſſeſſionem, poteſt utique talis poſſeſſio ſimul etiam civilis eſſe, ut ex locis allegatis apparet: & tunc poſſeſſio civilis & naturalis non opponuntur. At cum dico aliam eſſe poſſeſſionem civilem, aliam naturalem, (quæ diviſio & oppoſitio eſt in *l.* 1. §. 9. & 10. *ff. de vi & de vi arm. l.* 24. *ff. de acq. poſſ. l. ſi eum.* 26. *ff. de donat. int. vir. & ux.* cum ſimilib.) tunc poſſeſſio naturalis longe aliud eſt, nempe ea poſſeſſio, quam quis habet ſine titulo, aut opinione domini; & propterea ex adverſo opponitur civili poſſeſſioni, ut hæ duæ ſpecies ſimul eodem tempore concurrere & eædem eſſe non poſſint: quamvis poſſint, ut duæ diverſæ poſſeſſiones in eadem eſſe perſona, ut unus & idem poſſideat civiliter & naturaliter, uti in ſpecie *l. qui pignoris.* 36. *ff. de acq. poſſ.* ubi idem & civiliter poſſidet, & precario, id eſt, naturaliter. *add. l.* 29. *l.* 35. §. 1. *l.* 37. *ff. de pign. act. junct. l.* 16. *ff. de uſucap.* Atque hæc locutionis homonymia & du-

plex

Digitized by Google

plex naturalis poſſeſſionis ſignificatio omnes, quotquot vidi, interpretes conjecit in varios errores & perplexas diſputationes. Vaſquius ex hujus rei ignorantia putavit, jure primævo dominium rerum acquiſitum fuiſſe poſſeſſione naturali, quæ civili opponitur. *lib. 2. controv. c. 57. n. 21. & ſeqq.*

Non obſtat his diviſionibus, quod tituli ff. & C. concepti ſunt de acquirenda poſſeſſione, quaſi hinc efficiatur unam eſſe duntaxat & ſimplicem poſſeſſionem. Nam etſi genus plures habet ſub ſe ſpecies, recte tamen numero unitatis proponitur. Sic cum in *l. 3. §. genera. 21. in fin. ff. eod.* unum dicitur eſſe genus poſſeſſionis, non ideo negari poteſt eſſe ſub hoc genere diverſas ſpecies. Et poſſeſſio ibi confertur cum titulis & cauſis poſſidendi, quæ cum valde multæ ſint & variæ, earum reſpectu unum eſſe genus poſſidendi dicitur, ſpecies, quo nomine Juriſconſultus illic intelligit cauſas & titulos, infinitæ. Sed & alias non ſemper genus & ſpecies ſignificatione dialectica à noſtris uſurpantur. *l. 4. §. 1. ff. de vulg. & pup. ſubſt. l. Thais. 41. §. item quæro. 8. de fideic. libert.*

Alio & plane diverſo reſpectu ac ſenſu dicitur aliquis pleno jure poſſidere, nempe qui plenum jus dominii habet. *l. 1. C. de revoc. donat. Bald. in l. fœminæ. 3. §. illud etiam. C. de ſec. nupt. Mindan. de mat. poſſ. c. 7. n. 9.* Itaque cæteri, qui domini non ſunt, etſi civiliter & bona fide juſtoque titulo poſſident, non tamen dici poſſunt plenojure poſſidere. Sed ea ſpecies poſſeſſionis, quam dominus pleno jure habet, & quam cauſalem appellare poſſumus, huc non pertinet, non magis, quam uſusfructus cauſalis aut cauſales ſervitutes ad argumenta de uſufructu aut de ſervitutibus prædiorum.

CAP.

Digitized by Google

CAP. XXXVII.

An in eo quod intereſt æſtimando etiam lucri ratio habeatur?

VErbum hoc *intereſſe* in jure noſtro dupliciter uſurpari ſolet, uno modo generaliter pro eo quod ad utilitatem vel publicam, ut in *l. 1. ff. ſolut. matrim. l. ſervo. 65. §. 2. ff. ad ſenat. Trebell. l. intereſt. 18. ff. de reb. auct. jud. l. 1. §. 1. ff. de incend. ruin. naufrag.* vel privatam alicujus pertinet, ut in *l. pen. ff. ad exhib. l. 7. ff. de ſerv. export. l. pater filia. 71. ff. de evict. l. & heredis. 21. §. ult. ff. de pact.* cum ſimilib. altero modo ſpecialiter pro eo quod extrinſecus rei ſuccedit vel accedit ob damnum acceptum, aut lucrum amiſſum; de quo ſolo hic quæritur. Sic autem dicitur ad differentiam rei ſeu debiti principalis: nec tantum rem ipſam principalem, ſed etiam æſtimationem ejus excludit. *l. 1. §. conſiderandum. 20. ff. de tut. & rat. diſtrah.* Unde recte infert Molinæus *tract. de eo quod intereſt.* remittentem damna & intereſſe, non cenſeri remittere rem principalem. Et vulgo quidem tria ejus, quod intereſt, genera conſtituuntur: conventum, quod fit pœna nomine ejus, quod intereſt, promiſſa: ſingulare, quod ex privata affectione æſtimetur: & commune, quod æſtimetur, quanti res communiter omnibus valet. Sed ex tribus hiſce generibus duo priora hinc removenda, conventum ſcilicet, quia pœnæ quantitas certa eſt, & peti poteſt etiam tunc quando nihil intereſt. *l. ſtipulatio iſta. 38. §. alteri. 17. ff. de verb. oblig.* & ſingulare, quoniam res non ex affectione ſingulorum privata æſtimantur; ſed ex eo, quanti communiter omnibus valent. *l. pretia rerum. 63. ff. ad leg. Falcid. l. ſi ſervum. 33. ff. ad leg. Aquil.* Bene vero ſic id, quod intereſt, vulgo definitur, quod nobis abeſt, quodque lucrari potuimus:

mus: ſeu damnum emergens & lucrum ceſſans ex eo quod factum non eſt, quod fieri debuit. *l. ſi commiſſa. 13. ff. rat. rem hab. l. un. C. de ſent. quæ pro eo quod int. prof.* Ergo ut quid noſtra interſit, hinc pendet, ſi quid amiſimus ob id quod factum non eſt, quod fieri debuit; aut ſi quid lucrari potuimus, ſi factum eſſet, quod promiſſum eſt; quod quia factum non eſt, lucrati non ſumus. Et quidem cum apud veteres dubitatum eſſet, quænam in ejus quod intereſt, taxatione partes eſſent judicis, & ad quam uſque quantitatem id æſtimari deberet, viſum fuit Juſtiniano hujuſmodi prolixitatem, prout poſſibile eſt, in anguſtum coarctare, ſicut ipſe loquitur in *d. l. un. C. de ſent. quæ pro eo quod int. prof.* Ait quoad poſſibile eſt: abſolute enim id definiri nequit, quoniam tota hæc quæſtio in facto, non in jure conſiſtit. *l. quatenus. 24. ff. de reg. jur.* ac proinde magis ad judicis poteſtatem, quam ad juris definitionem pertinet. *l. ordine. 15. in fin. pr. ff. ad municipal. l. 1. §. quorum. 4. in fin. ff. ad ſenat. Turpil.* Diſtinxit ergo Juſtinianus caſus certos à caſibus incertis: in illis vetuit id quod intereſt, dupli quantitatem excedere: in his totum juſſit præſtari, quod intereſt. Caſus certos definit, qui certam habent quantitatem vel naturam, puta certam ſummam aliamve quantitatem in pondere, numero, menſura; vel ſpeciem certumve corpus. Proinde ſi v. c. venditor aut locator ob id quod rem aut uſum rei non præſtant, in id, quod adverſarii intereſt, condemnandi ſunt, in eo æſtimando duplum dicti pretii aut mercedis excedi non oportebit, quia certam quantitatem hi caſus habent. Caſus incerti ſunt, qui quantitatem continent incertam. Cum autem nulla quantitas incerta eſſe poſſit, quæ quidem deſignetur, niſi quæ deſignatur ſub appellatione ejus quod intereſt, apparet eos ſolos caſus eſſe incertos, in quibus ejus quod intereſt præſtatio petitiove continetur

tinetur. Itaque huc pertinent contractus omnes, quibus ut quid fiat, continetur: quales ſunt ſtipulationes faciendi, obligationes mandati, tutelæ, negotiorum geſtorum, maleficia, ex quibus actio in id, quanti ea res eſt, de qua agitur, ut fit in lege Aquilia de damno injuria dato; in interdicto, unde vi iis rebus amiſſis, quæ in fundo erant; in furto, ſurrepta ea re, quæ certo die ſub pœna debebatur: in ſumma actiones omnes quibus indemnitas principaliter petitur. *l.* 13. §. 1. *ff. de re jud. l. ſi pœnam.* 68. *l. ſtipulationes.* 72. *l. ubi autem.* 75. §. *ubi autem.* 7. *ff. de verb. oblig. l. ſi procuratorem.* 8. §. *mandati.* 6. *ff. mand. l.* 1. *ff. de tut. & rat. diſtr. l.* 2. *ff. de neg. geſt. l. ait lex.* 21. *ff. ad leg. Aquil. l.* 1. §. *non ſolum.* 41. *ff. de vi & de vi arm. l. inficiando.* 67. §. 1. *ff. de furt.* In his igitur omnibus tantum, quantum revera intereſt, ex conſtitutione Juſtiniani præſtandum. Et quidem juxta veterum ſententiam, quam & Juſtinianus comprobat, in eo quod intereſt æſtimando non damni tantum, verum etiam lucri ratio habetur. *l.* 2. *in fin. ff. de eo quod cert. loc. l. ſi fundus.* 33. *verſ. nam & ſi. ff. locat. l. ſi commiſſa.* 13. *ff. rat. rem hab.* exempla in *l. proinde.* 22. *& l. ſeq. ff. ad leg. Aquil. l. ſi mulier.* 21. §. 3. *&* 4. *ff. de act. rer. amot. l. ſi procurator.* 18. *ff. rat. rem hab.* Unde igitur nata dubitatio, an in æſtimando eo, quod intereſt, etiam lucri ratio habenda? Ex eo videlicet, quod veteres contraria in ſpeciem reſpondiſſe videntur: nam quidam ſunt loci, in quibus lucrum ab eo quod intereſt, diſerte removetur, ut in *l. ſi ſterilis.* 21. §. 3. *ff. de act. empt. l. ult. ff. de peric. & commod. rei vend. l. Proculus ait.* 26. *ff. de damn. infect. l.* 1. §. *ſicut autem.* 21. *ff. de aq. pluv. arc. l. ſi is cui.* 71. §. 1. *ff. de furt.* Quid igitur ad hoſce locos reſpondemus? Nimirum removeri quidem his locis lucrum ab eo quod intereſt, ſed lucrum, quod aut circa rem non conſiſtit (extrinſecum vulgo vo-

cant)

Digitized by Google

ſant) quale damnum ſimiliter removetur; aut injuſtum, quod merito veteres exceperunt. Id vero ita eſſe quivis intelligere poterit, qui modo cauſas, quæ in hujuſmodi locis proponuntur, earumque rationem, quæ ad hypothesin accommodatur, animadvertet. Paulus in *d. l. ſi ſterilis*. 21. §. 3. *ff. de act. empt.* excludit lucrum: ſed an ideo, quia putet damni tantum, non etiam lucri habendam rationem? minime: quoniam non ſolum lucrum removet, quod circa rem non conſiſtit, ſed etiam hujuſmodi damnum: ait enim non magis id lucrum æſtimandum, quam ſi emptor triticum emerit, & ob eam rem, quod non ſit traditum, familia ejus fame laboraverit, &c. Removeat ergo id lucrum duntaxat, quod non circa rem conſiſtit. Idem reſponſum eſto ad *d. l. ult. ff. de penic. & commod. rei vend.* cui adde *l. venditor.* 21. *verſ. pretium enim. ff. de her. vend.* In *d. l. Proculus.* 26. *ff. de damn. infect.* damnum quidem admittitur, & lucrum ſimpliciter excipitur: ſed agitur illic de lucro injuſto, de eo lucro, quod ab ipſo vicino & ejus beneficio habebatur, quo non diutius uti licet, quam quoad is patitur: nec lucrum abſolute, ſed veluti lucrum appellatur. Simile eſt, quod in *d. l.* 1. §. *ſicut autem.* 21. *ff. de aq. pluv. arcend.* Ofilius & Labeo aiunt, actionem aquæ pluviæ arcendæ locum habere, ſi aqua pluvia noceat, non ſi non proſit; veluti ſi vicinus opus fecerit, ne aqua, quæ alioquin decurrens agro meo proderat, huic proſit. Permittitur enim cuilibet ſibi conſulere, etiamſi per id ex conſequentia alter commodo aliquo privetur, aut etiam incommodo aliquo afficiatur. *l. cum eo.* 9. *ff. de ſerv. præd. urb. l. ſicut.* 8. §. *Ariſto.* 5. *ff. ſi ſerv. vind. l. ſi in meo.* 21. *ff de aq. pluv. arc.* In *l. ſi is cui.* 71. §. 1. *ff. de furt.* non definitur τὸ intereſſe, ſed cujus interſit in actione furti: ubi recte dicitur ejus intereſſe videri, qui damnum paſſurus eſt, non

ejus,

ejus, qui lucrum facturus: quia in eo genere lucrum non poteſt niſi injuſtum eſſe. Nam ſive res noſtra ſurrepta eſt, & eſt aperte damnum, ſive aliena, cujus cuſtodiam debemus; & idem eſt, ſi ea non recepta damnum luere domino cogimur. Quod ſi quis hoc tantum ſua intereſſe dicat, ut lucrum poſſeſſionis faciat, eamve poſſidendo quærat, id ex re aliena non honeſte captatur. *add. Cont. tract. de eo quod int. c. 3. & 4. Alciat. in comment. ad. d. l. un. C. de ſent. quæ pro eo quod int. c. ult. Donell. c. 10.*

CAP. XXXVIII.

Num in taxatione ejus quod intereſt, in omne quod actor conſequi potuit, neque conſecutus eſt, ſine exceptione æſtimetur?

JUſtinianus ſic ex veterum ſententia conſtituit, Damnum quod revera inducitur, lucrum quod revera abeſt, præſtetur. *l. un. C. de ſent. quæ pro eo quod int. prof.* Non eſt autem dubitandum, quin his verbis Juſtinianus exprimere voluerit id quod ex veteribus Paulus ſcripſit, omnem utilitatem in æſtimationem venire, quæ circa rem conſiſtit; non venire, quæ extra rem ſit. *l. ſi ſterilis. 2. §. 3. ff. de act. empt.* Id vero hanc habet ſententiam; ut non continuo id quod haberi potuit, præſtito eo quod debebatur, quaſi abſit, æſtimari debeat: ſed quod ideo abeſt, quia datum factumve non eſt, quod dari aut fieri debuit. Duo igitur hic requirimus; ut haberi certo potuerit; ut potuerit ex eo ſolo, quod præſtandum erat, non aliunde: ac proindè duas utilitates hinc removemus. 1. ſi quid habere ex re petitor potuit, ſed ita ut etiam potuerit non habere. 2. ſi quid habere potuit certo quidem, ſed non minus aliunde, quam ex eo quod debebatur. Exemplis res plana fiet. Retia piſcatorum, quæ capiendorum piſcium gratia in flumine poſuerant, culpa alicujus fracta ſunt:

ſunt: placet duntaxat retium æſtimationem fieri, non piſcium: quia incertum fuit, an caperentur. *l. quemadmodum.* 29. §. *item Labio.* 3. *ff. ad leg. Aquil.* atque hoc ad res omnes ejuſdem generis transferre licet, puta ad venationem & aucupium. Plane ſi in contractu actum ſit, ut incertus v. c. captus piſcium æſtimaretur, is æſtimandus eſt propter conventionem. *l. ſi jactum.* 12. *ff. de act. empt.* nempe jactu retis vendito non tam ipſe jactus venditus, quam quod eo jactu caperetur, venditum intelligitur: æſtimatio autem redigetur ad id quod conſuetum eſt capi, per. *l.* 1. *ff. de uſur. Molin. tract. de eo quod int. n.* 81. *& ſeq.* Vinum aut frumentum venditum eſt, nec traditum: non eſt æſtimandum quod his rebus traditis emptor forte negotiari potuit & lucrum facere: quoniam hæc utilitas non ex re, ſed propter negotiationem percipitur, nempe ex opera atque induſtria mercatoris, qui occaſione oblata uti voluit. *l. ſi ſterilis.* 21. §. 3. *ff. de act. empt. l. ult. ff. de peric. & commod. rei vend. junct. l. venditor.* 21. *verſ. pretium enim. ff. de her. vel act. vend.* Neque tamen idem putámus eſſe ex corpore rei naſci & circa rem conſiſtere: ſed circa rem conſiſtere omnem utilitatem intelligimus, quam res ipſa ſecum fert, ſibique adjunctam habet, licet extrinſecus veniat, meritoque Molinæus *d. tract. n.* 13. Doctorum diſtinctionem in intereſſe intrinſecum & extrinſecum improbat: quia quæcunque utilitas proprie circa rem conſiſtere dicitur, ea extrinſecus venit. Ex re non naſcuntur mercedes ex operis ſervi, penſiones ex rebus locatis, pretium ex re vendita, quorum tamen utilitatem maxime circa rem conſiſtere convenit. Servus, qui heres inſtitutus venditus & traditus erat, evictus eſt: placet etiam ob hereditatem amiſſam ex empto agi poſſe. *l.* 8. *ff. de evict.* quia hereditatis utilitas circa rem conſiſtere intelligitur, non quod ex re naſcatur, ſed quod

ejus

ejus parandæ cauſa in ea re, quæ debebatur, fuit. Atque in univerſum non quid paretur & unde veniat, ſed unde ejus quærendi cauſa hic ſpectandum eſt. Exempla de damno circa rem in *l. proinde.* 22. *& l. ſeq.* §. 3. *ff. ad leg. Aquil. l. in hac ſtipulatione.* 28. *ff. de damn. infect.* Circa rem autem non conſiſtit, quod vel certo habere petitor non potuit, vel non minus aliunde habere, quam ex eo, quod debebatur; veluti ſi vino aut frumento vendito & tradito emptor potuerit negotiari & lucrum facere: & ideo hoc non æſtimatur. *l. ſi ſterilis.* 21. §. 3. *ff. de act. empt. l. ult. ff. de peric. & commod. rei vend.* Ejuſdem generis ſunt utilitates, ne pœna committatur, aut pignora diſtrahantur, ne familia fame laboret; quia aliunde percipi poſſunt.

Sed occurritur nobis ex Ulpiano, qui contra quam Paulus in *d. l. ſi ſterilis.* 21. §. 3. *ff. de act. empt.* etiam ejus utilitatis, quæ rei propria non eſt, nec circa rem conſiſtit, rationem habendam eſſe tradit, non in damno ſolum, ſed etiam in lucro prolatis iiſdem exemplis, quibus & Paulus utitur. Locus Ulpiani eſt in *l.* 2. §. *ult. ff. de eo quod cert. loc.* qui locus uſque adeo turbavit Alciatum, ut contra omnes fere (quanquam temere & perperam) ſtatuerit, habendam eſſe rationem omnis utilitatis, quam actor conſequi potuit, etiamſi ea circa rem non conſiſtat, præterquam in venditione; idque ſine diſtinctione rerum aut adjectionis loci, aliuſve circumſtantiæ. Quomodo ergo hæc conciliamus? Nimirum ſi dicamus nunquam eam utilitatem, quæ ex re non eſt, ſeu quæ eodem modo aliunde percipi poteſt, æſtimandam eſſe, niſi appareat in contrahendo ejus quoque habitam eſſe rationem: quod ſi contingat, conventionem ſervandam eſſe. De ſolo autem tali caſu loquitur Ulpianus in *d. l.* 2. §. *ult. ff. quod cert. loc.* Agit enim de pecunia, quæ certo loco promiſſa alio in loco petitur actione arbitraria,

Digitized by Google

in qua ait hæc in utilitate actoris æſtimari, quod actor forte eo loco, quo pecunia dari promiſſa eſt, pecuniam debuit ſub pœna vel pignoribus, & ob id quod pecuniam eo loco non acceperit, pœna commiſſa ſit, aut pignora diſtracta. At quamobrem? nempe quia adjectione loci id actum eſſe intelligitur: nam cum locus non fruſtra adjiciatur, apparet creditorem ad eas utilitates, quas eo loco percipere potuit, ſolutionem retuliſſe. *Cont. in ſchol. ad d. l. un. c. 4. in fin. Perez ad Cod. d. tit. n.* 18. Neque id in pecunia numerata ſolum locum habet, ſed etiam, & vel magis in alia quavis re fungibili: ut bene *Molin. n.* 97. *& ſeq. Donell. c.* 11. contra Bartolum & pleroſque alios interpretes. Nec vero ſola loci adjectio hoc efficit, verum etiam ſolutionis in certam perſonam aut tempus collatio, ſi creditori expediat perſonæ adjectæ eove tempore ſolvi, propter ejuſdem generis utilitates, ut diſerte Papinianus in *l. liber homo* 118. §. *ult. ff. de verb. oblig.* & Ulpianus in *l. ſi fundus.* 114. *ff. eod. l.* 4. *pr. ff. quod cert. loc.* Enimvero non omnis utilitas, quæ ubique capi potuit, hic æſtimabitur; ſed ea tantum, ad quam adjectione harum circumſtantiarum credibile eſt reſpexiſſe actorem, ut liquido apparet ex verbis Ulpiani in *d. l.* 2. §. *ult. quid ſi merces ſolebat comparare.* Igitur adjectione loci id tantum agi intelligetur, ut eam utilitatem conſequatur actor, quam eodem in loco conſequi potuiſſet, ſi pecunia ibi ſoluta fuiſſet. Quod ſi eo loco nihil interfuit, quamvis ſi alibi ſoluta eſſet pecunia, actor conſecutus eſſet, ne ibi in pœnam incideret, aut pignora diſtraherentur, nullam hujus rei rationem duci oportebit. Stipulatus ſum mihi aut Titio dari, non omne æſtimabitur, quod interfuit mea, ſed quod interfuit Titio ſolvi: puta ne ſi Titio ſolutum non eſſet, pœna, quam promiſeram, committeretur. *d. l. liber homo.* 18. §. *ult. de verb. oblig.* At ſicubi

Digitized by Google

alias expedierit mihi pecuniam ſolvi, id in æſtimationem non venit; quia hoc actum non eſt. Temporis adjecti eadem ratio, ſi temporis utilitas intervenerit. *d. l. ſi fundus.* 114. *de verb. oblig. d. l.* 4. *pr. quod cert. loc.* Hoc igitur genere utilitatis in his cauſis recepto, conſequens fuit, ut non ſolum damni, ſed etiam lucri ratio haberetur. Finge ſtipulatorem pecunia ſuo loco accepta merces comparare potuiſſe, tritico accepto negotiari & lucrum facere: hoc quoque æſtimabitur. *d. l. 2. in fin. ff. quod. cert. loc.* parem enim eſſe damni facti & lucri amiſſi rationem ſupra effectum eſt. Illud intereſt, quod in damno perſona non diſtinguitur: nam ſtulte quæreretur, damno facto, an id fieri potuerit: & omnino ubi quid amiſſum eſt, quæri nequit, an amitti potuerit. In lucro autem perſonæ conditio & conſuetudo ſpectanda eſt, ut videri poſſit ad eam ſpem & cogitationem voluiſſe loci adjectionem referre. Finge mercatorem eſſe, qui merces eo loco comparare & negotiari ſolitus ſit. *d. l.* 2. §. *ult. in fin.* recte nempe hic ſi lucrum factum non eſt, quæretur, an acquiri potuerit, idque conjecturis exquirendum eſt. Pluribus hæc exequitur Donellus in *d. l.* 2. §. *ult. & d. c.* 11. *circa fin. add. Mant. lib.* 10. *de tac. & ambig. conv. tit.* 7. *n.* 7. *& ibi alleg.*

CAP. XXXIX.

An interdictum ſeu judicium poſſeſſorium recte cumuletur cum petitorio ſive rei vindicatione?

CONcurrere plures actiones dupliciter dici poſſunt, elective ſive disjunctim, ut una tantum ex pluribus quæ competunt experiri liceat, qua in judicium deducta, cæteræ conſummantur. §. *cæterum* 5. *Inſt. quod cum eo qui in al. pot: l. pro ſocio.* 38. §. 1. *ff. pro ſoc. l. eligere.* 9. §. 1. *ff. de trib. act. l. in duobus.*

Digitized by Google

bus. 28. §. 4. *ff. de jurejur. l. qui ſervum*. 34. §. 1. *ff. de obl. & act.* & cumulative ſive conjunctim, ut omnibus experiri liceat, nec una alteram conſumat: qui verus eſt concurſus. Atque earum, quæ ita concurrunt, a lquando hæc cumulandi ratio eſt, ut utraque ſimul & eodem tempore uti liceat, quod fit quando diverſarum rerum nomine competunt: ubi tamen & diverſæ ſententiæ ferendæ. *l.* 11. *ff. de juriſd. l. & hæc diſtinctio*. 35. §. 1. *ff. locat. l.* 9. §. 1. *ff. de trib. act.* atque eo plerique referunt *l.* 32. *ff. de obl. & act. l.* 2. §. 1. & 2. *ff. de priv. delict. l. nunquam*. 130. *ff. de reg. jur.* Interdum hæc, ut non ſimul omnes, ſed ſingulæ ſeorſum & in diverſis judiciis exerceri debeant; quod fit, quando plures conjunctim competunt ejuſdem rei nomine. *l.* 43. §. 1. *ff. de reg. jur. d. l.* 9. §. 1. *ff. de trib. act. l. cum filius*. 76. §. *variis*. 8. *ff. de legat*. 2. *l. plura delicta*. 53. *ff. de oblig. & act.* quam tamen diſtinctionem nunc ad amuſſim non examino. Sed & aliquando una è concurrentibus pendente altera interim inhibetur: idque vel propter præjudicium, quod alioquin alteri fieret; quomodo concurrunt condictio furtiva & actio furti. *l.* 7. §. 1. *ff. de condict. furt.* at pendente actione furti illa denegatur, ne huic præjudicium fiat. Eodemque modo concurrunt vindicatio fundi & ſervitutis, ſed illa pendente hæc interim denegatur, ne præjudicium prædio fiat. *l. fund.* 16. *ff. de except.* vel propter ordinationem judicii ipſamque procedendi rationem; quomodo dici poteſt concurrere interdictum ſive judicium poſſeſſorium cum rei vindicatione ſeu judicio petitorio, quamvis illo pendente hoc inhibeatur, propterea quod ad conſtitutionem judicii petitorii prius poſſeſſorium terminatum eſſe oportet. §. *retinendæ. Inſt. de interdict.* Quæſtio autem propoſita in eo vertitur, an judicium poſſeſſorium cum petitorio ſic cumulari & jungi poſſit, ut utroque ſimul & eodem tempore experiri liceat, hoc eſt, ut utrumque eodem libello proponatur,

utrumq;

Digitized by Google

utrumque ſimul dictetur, de utroque ſimul cognoſcatur, unaque ſententia utrumque terminetur. Movetur hæc quæſtio in interdictis adipiſcendæ & recuperandæ poſſeſſionis; à multis tamen & in interdictis retinendæ: vide *cap. paſtoralis. & ibi latè Gloſſ. ext. de cauſ. poſſeſſ. & prop.* Nos in hac quæſtione probamus ſententiam Joannis & Azonis negantium hæc judicia eo, quo diximus, modo cumulari poſſe, ſed prius de poſſeſſione, deinde de proprietate diſtinctis judiciis eſſe cognoſcendum, contra doctrinam Petri, qui omne poſſeſſorium cum petitorio cumulari poſſe contendit, & Martini, qui excepit tantum interdicta retinendæ poſſeſſionis. Etenim ut poſſeſſio nihil commune habet cum proprietate. *l. naturaliter.* 12. §. 1. *ff. de acq. poſſ.* & ut ſunt plane hæ res diſſimiles. *l.* 14. §. *ult. ff. de except. rei jud.* cum poſſeſſio ſit facti, dominium juris. *l.* 1. §. 3. *l. cum heredes.* 23. *ff. eod. l. denique.* 19. *ff. ex quib. cauſ. major.* ita etiam duas actiones non modo diſtinctas, ſed etiam inſociabiles pariunt, dominium rei vindicationem. *l. in rem.* 23. *ff. de rei vind.* §. 1. *Inſt. de action.* poſſeſſio actionem in perſonam ſeu interdictum. *l.* 1. §. *pen. ff. de interdict.* ac proinde etiam duobus diſtinctis judiciis hæc tractanda ſunt: cum actiones contrariæ, & incompatibiles cumulari nunquam poſſint. *l.* 1. *C. de furt. cum ibi not. l.* 16. *C. de inoff. teſt. Ant. Fab. C. ſuo for. tit. unde vi. defin.* 8. Placet autem poſſeſſionis litem prius decidi oportere, ac tum demum de cauſa proprietatis ab eodem judice cognoſci. *l. ordinarii.* 13. *C. de rei vind. l.* 3. *C. de interdict. l. exitus.* 35. *ff. de acq. poſſ. l. ult. C. quorum bonor.* Ex quo intelligimus, niſi prius judex de poſſeſſione judicaverit, jure ab ejus ſententia appellari poſſe, quod & diſerte traditum eſt in *l.* 1. *C. de appellat.* Quod ſi utramque controverſiam & poſſeſſionis & ſimul proprietatis eodem judicio cognoſci & terminari volumus, res

erit

Digitized by Google

erit inexplicabilis, & exitum reperire judicium non poterit. *d. l. exitus.* 35. *ff. de acq. poſſ. l. inter litigantes.* 62. *ff. de judic. l. liberis.* 7. §. *ult. ff. de lib. cauſ.* quippe cum ut petitoria actio inſtituatur, prius conſtare debeat, quis ſit poſſeſſor; quia & civilis, & naturalis ratio facit, ut alius poſſideat, & alius à poſſidente, qui hic reus eſt, petat. §. *retinendæ.* 4. *Inſt. de interdict. d. l. inter.* 62. *ff. de judic.* At ſi judex de utroque ſimul cognoſcat, ſententiam ferre non poterit, quæ judicii exitus eſt. Nam in petitorio jubetur poſſeſſorem abſolvere, ſi petitor non probaverit ſe dominum eſſe. *l. ult. C. de rei vind.* Sed quomodo poſſeſſorem, quem ignorat, abſolvet? Ignorat autem quamdiu pendet cauſa poſſeſſionis. Quod ſi prius de poſſeſſione judicari oportet, perſpicuum eſt ſimul poſſeſſorio & petitorio judicio agi non poſſe. Atque hoc etiam Martinus admiſit, cum de poſſeſſione agitur interdicto retinendæ poſſeſſionis. Non idem autem nec ille nec plerique alii probant, ſi de poſſeſſione agatur interdictis recuperandæ aut adipiſcendæ poſſeſſionis, veluti ſi quis de fundi poſſeſſione dejectus experiatur interdicto unde vi, & idem ſe fundi dominum dicat: aut heres interdicto quorum bonorum de adipiſcenda poſſeſſione rerum hereditariarum, quarum & idem ſe dominum eſſe dicat Hic ſtatuunt utrumque judicium poſſe concurrere, ut quis & interdicto experiatur ad recuperandam aut adipiſcendam poſſeſſionem, & ſimul judicio petitorio de proprietate, eo quod non minus interdicta hæc, quam actio petitoria adverſus poſſeſſorem dentur, ut nulla hic videatur repugnantia. Sed nec hoc concedendum eſt: generalis enim hæc ſententia eſt tradita in *d. l. ordinarii.* 13. *C. de rei vind.* poſſeſſionis quæſtionem prius decidi oportere: at in interdictis recuperandæ aut adipiſcendæ poſſeſſionis etiam de poſſeſſione quæritur: ac proinde etiam controverſiam ex his natam prius decidi

Y oportet,

oportet. De ſpecie interdicti unde vi id expreſſe quoque cautum eſt *l. 1. C. de appel. l. ſi de vi. 37. ff. de jud.* Et ratio juris eadem hic eſt, quæ in caſu ſuperiore: nam nec, cum interdicto recuperandæ aut adipiſcendæ poſſeſſionis agitur, conſtat, uter è litigatoribus pro poſſeſſore haberi & commodo poſſeſſionis frui debeat, priuſquam de poſſeſſione ex interdicto judicatum ſit: hoc autem non conſtituto non poteſt petitoria actio inſtitui. *l. inter. 62. ff. de judic. §. retinendæ. Inſtit. de interdict.* Nec ad rem pertinet, quod qui poſſeſſionem ſibi reſtitui petit, vel nunc primum conatur adipiſci, adverſarium poſſeſſorem agnoſcit: nam ſi rem ipſam & effectum juris ſpectamus, nemo videtur poſſidere, qui poſſeſſionem retinere non poteſt. *l. non videtur. 22. ff. de acq. poſſ.* Contra vero, qui ad recuperandam aut nanciſcendam poſſeſſionem actionem habet, perinde habetur quaſi poſſideret. *l. ſi quis vi. 17. pr. ff. eod. l. is qui. 15. ff. de reg. jur. l. id apud. 143. ff. de verb. ſign.* Proinde ſive is revera poſſidet, bene eſt; ſive non poſſidet, tamen poſſeſſio una cum poſſeſſionis commodo ei tribuenda eſt ſententia judicis: quod ſi judex ante omnia non fecerit, juſte ab eo provocabitur. *l. 1. C. de appellat.* Sed etſi juris auctoritate deſtitueremur, non aliter tamen reſpondere poſſemus propter horum judiciorum contrariam conditionem & finem. Judicii poſſeſſorii finis hic eſt, ut qui eo experitur, poſſeſſor judicatus commodo poſſeſſionis fruatur: petitorii hæc conditio, ut qui eo agit, petitoris onus in ſe ſuſcipiat, quæ cum ſint pugnantia, niſi prius de poſſeſſione judicatum ſit, res exitum habere non poteſt. *d. l. inter litigantes. 62. ff. de judic. §. retinendæ. Inſt. de interdict.* Fingamus actorem in poſſeſſorio ſuperiorem eſſe, inutilis tamen hæc ei victoria eſt, cum nihilominus petitorio experiens, & in eo perſeverans partes petitoris ſuſtinere debeat, quaſi commodo poſſeſſionis repudiato. Si vincitur, aperte id

te id ei inutile eſt. Quod ſi prius in petitorio pronuntietur pro actore, multo minus ulla poſſeſſorii utilitas eſſe poteſt, cum ex ſententia ſuper petitorio lata pleniſſima reſtitutio fieri debeat. Illa autem remedia demum vere cumulari dicuntur, ex quorum utroque aliquid conſequi poſſumus. Adde quod ſic injuria fit poſſidenti, cui ob eam cauſam & appellare licitum. *l. 1. C. de appellat.* Quod ſi eodem tempore & de poſſeſſione & ſimul de proprietate judicabitur, hinc pro actore, ut is poſſeſſor pronuntietur; illinc pro reo, ut is declaretur dominus, exibit forma ſententiæ, quæ proponitur in *c. cum dilectus. ext. de cauſ. poſſ. & propriet.* merito irriſa à Donello in *l. 3. n. 8. Cod. de interdict.* Nam profecto ridiculum eſt, ut judex jubeat reum poſſeſſionem reſtituere actori, qui poſſeſſor eſt, & ſimul eodem momento eademque ſententia jubeat eum ipſum actorem reſtituere poſſeſſionem reo, qui dominus eſt & ſuperior in jure proprietatis. Qui hoc ridiculum eſſe negant, ne illi ipſi ſunt valde ridiculi. Illud autem abſurdum non eſt, ut lite poſſeſſionis prius deciſa, atque uni poſſeſſione, litis de proprietate ordinandæ gratia, tantiſper adjudicata, poſtea de proprietate idem judex cognoſcens petitori, qui ſe dominum eſſe in hac lite probavit, poſſeſſionem reſtitui jubeat. Atque hinc jam intelligimus hanc procedendi rationem non modo eſſe convenientiſſimam, ſed etiam eſſe neceſſariam: quippe qua non obſervata locus ſit provocationi.

Non obſtat huic ſententiæ *l. cum fundum.* 18. §. *ult. ff. de vi & de vi armat.* Non enim negamus quod illic dicitur, eum, qui rem vindicare cœpit, poſſe pendente judicio petitorio, hoc eſt, interim dum de poſſeſſione cognoſcitur, dilato, interdicto experiri: ſed negamus utrumque poſſe ſimul jungi, de utroque ſimul & eodem tempore judicem poſſe cognoſcere & judicare. Atqui, inquies, is qui ſemel actio-

nem propoſuit, cogitur perſeverare ad finem uſque litis. *auth. qui ſemel. C. quom. & quand. jud. ſent.* Reſpondeo, qui interdicto de poſſeſſione experitur, pendente rei vindicatione, & interim perſecutionem petitorii omittit, is non recuſat litem exercere de proprietate, ſed recuſat in ea lite partes ſuſtinere petitoris, ac ſe commodo poſſeſſoris frui vult, id quod jure poſtulat, cum ſit poſſeſſor, nec vindicando (forte per imprudentiam) renuntiaſſe poſſeſſioni videatur. *l. naturaliter. 12. §. 1. ff. de acq. poſſ.* Mirum autem in modum huic ſententiæ obſtare creditur textus in *l. 6. ff. de except. rei jud.* eoque contrariæ ſententiæ auctores præcipue nituntur, quaſi illic Juriſconſultus aperte diceret judicium petitorium & poſſeſſorium diverſis quidem & ſeparatis actionibus proponi, ſed tamen unam ſententiam & unum judicati finem ſufficere, ut ad utrumque proſit una & eadem exceptio rei judicatæ. Mihi autem mira hæc videtur loci iſtius interpretatio, cujus ſimplex & plana, ſi qua ullius, ſententia eſt, nempe ſufficere ad exceptionem rei judicatæ rem quamque ſemel ſententia judicis terminatam eſſe; nec debere eam ſententiam apud eundem judicem retractari. Et obſtat magis hic locus contrariæ ſententiæ: quod & Ant. Matthæus in *diſput. ad l. ordinarii. C. de rei vind.* obſervavit. Nihil etiam adverſus ſententiam noſtram facit locus Juſtiniani in *Nov. 4. c. 2. verſ. contra principales* ubi licentia datur creditoribus adverſus principales debitores pignus pro debito obligatum poſſidentes utraque actione ſimul experiundi, & perſonali & hypothecaria: nam in cumulatione illa actionis perſonalis & hypothecariæ, de qua illic Juſtinianus, nihil eſt præpoſteri, ut contra eſſe oſtendimus in cumulatione interdicti cum rei vindicatione: ut ecce, ſi creditor eodem libello petat, ut aut centum, quæ ſibi ex contractu aliquo debentur, ſolvantur, aut pignus pro ea ſumma obligatum, cujus

poſ-

poſſeſſio penes debitorem ſit, ſibi reſtituatur, in hac cumulatione nihil eſt, quod ordinationem judicii ejuſve exitum impediat: ſed probato debito, & pignoris pro eo conſtitutione, judex debitorem aut ſolvere jubebit, aut pignus reſtituere. Utique enim, quod notandum, disjunctim petitio hic concipienda & libello complectenda eſt, ut aut ſolvat debitor, aut pignus reſtituat; non conjunctim, ut & ſolvat, & pignus reſtituat; cum ſolutione ejus, quod debetur, non tantum debitor ipſe, ſed etiam pignus liberetur. *l. in omnibus. 43. ff. de ſolut.* cum ſimilib. Alia urget Cujacius *lib. 25. obſ. 34.* ubi ſic argumentatur: Si cœpto & pendente judicio in rem licet agere interdicto uti poſſidetis, cur non & ab initio utrumque conjungere? Sed inquam non ſequitur, mutari actio poteſt, aut interim dum de alia re diſputatur, omitti: ergo cum altera ſimul jungi & dictari poteſt; quoniam mutatio nihil habet incommodi. *l. 3. C. de edend.* conjunctio & cumulatio plurimum, ut ſupra probatum eſt. Inficiatio, inquit Cujacius, & exceptio conjungi poſſunt hoc modo, *Nihil debeo, & ut debeam, pacto mihi debitum remiſiſti:* ergo ita poteſt utraque actio conjungi, poſſeſſoria & petitoria. *Tu non poſſides, ſed ego; & ut tu poſſideas, rem meam eſſe aio.* Sed mala & hæc Cujacii collectio eſt. Nam ſi reus, dum forte de intentione actoris dubitat, utatur & inficiatione & ſimul depulſione, nihil præpoſtere facit, aut quod judicii conſtitutionem exitumve moretur: ſed probationis tum hic ordo eſt, ut prius de ſua intentione doceat actor, deinde ad probationem exceptionis tantiſper dilatam admittatur reus. *l. 8. l. 9. C. de except.* Sed nec quod reo, cui non ſemper ſui defendendi facultas. *l. 5. §. ult. ff. de dol. mal. except.* permittitur, ut ſcilicet pluribus defenſionibus aut exceptionibus ſimul & eodem tempore uti poſſit. *l. 5. l. 8. ff. de except. l. nemo. 43. de reg. jur.* id continuo & actori concedendum, nempe

appellatur: competitque non fidejuſſoribus tantum, verum etiam cæteris acceſſionibus, puta pluribus, quorum aut mandatu eadem pecunia credita eſt, aut qui pro alio idem ſe ſoluturos conſtituerunt. *l. ult. C. de pecun. conſtit.* Locus autem eſt huic beneficio ſeu exceptioni dividendæ actionis, cum plures ſunt fidejuſſores. Et exploſus fuit Advocatus Leydenſis Tobias ex Alto, (inſignis alioqui & celebris practicus) qui huic exceptioni locum eſſe contendebat etiam ubi unus tantum fidejuſſor eſt, nempe ut actio inter reum principalem & fidejuſſorem divideretur: de quo integram ille conſultationem conſcripſit: ſed egregie confutatur textu *l. ſi plures. 27. §. ult. ff. de fidejuſſ.* Quid ſi in pluribus fidejuſſoribus accipiendis expreſſe convenerit, ut ſinguli in ſolidum teneantur? Nihilominus hoc beneficio gaudebunt, cum etſi hoc adjectum non eſt, ſinguli in ſolidum teneantur: nec conventio iſta conditionem juris & conſtitutionem mutat; poſtquam jure hoc fiat, ut inter fidejuſſores actio dividatur. *l. 3. C. de fidejuſſ.* & ſecundum hoc Lutetiæ judicatum refert *Papon. lib. 10. tit. 4. arreſt. 23.* Cæterum non aliter pluribus fidejuſſoribus auxilium diviſionis indulgetur, quam ſi confidejuſſores ſint, id eſt, ſi ut ejuſdem ſummæ, ita & ejuſdem debitoris ſint fidejuſſores: inter plures enim diverſorum debitorum, licet ejuſdem ſummæ, fidejuſſores actio non dividitur. *l. ſi plures. 27. §. ult. l. ſi à Titio. 43. ff. eod.* Exemplo fidejuſſorum datur hoc beneficium & pluribus tutoribus, qui ſimul tutelam geſſerunt, aut quorum nemo geſſit, & ſolvendo ſunt. *l. 1. §. nunc tractemus. 10. & ſeqq. ff. de tut. & rat. diſtr. l. ſi plures. 38. & ibi DD. ff. de admin. tut. Paul. Mont. tract. de jur. tut. c. 39. n. 149.* Datur & plurium tutorum fidejuſſoribus. *l. 6. l. 7. ff. de fidejuſſ. & nominat. tut.* pluribus autem unius tutoris fidejuſſoribus non datur. *l. ult. ff. rem pup. ſalv. fer.* ubi & ratio. Enimvero in hac diviſione notandum

dum

dum eſt, dividi obligationem inter plures fidejuſſores non ipſo jure, ſed ope exceptionis. *l. inter fidejuſſores. 26. ff. de fidejuſſ.* Inter quæ multum intereſt. Nam ſi ipſo jure obligatio diviſa eſſet, id eſt, ſi ſinguli partes tantum viriles ipſo jure deberent, in ſolidum nemo eorum conveniri poſſet, quantumvis forte aliqui non eſſent idonei. Quin & ſi quis ſolidum ſolviſſet, partem condicere, tanquam plus debito ſolutum, non prohiberetur: quod utrumque ſecus ſe habere oſtendit *d. l. inter fidejuſſores.* & *l. ſi teſtamento. 49. §. 1. ff. eod.* Porro duæ ſunt conditiones ſub quibus beneficium diviſionis fidejuſſoribus indulgetur: una eſt, ſi fidejuſſores non negent ſe fidejuſſores eſſe: inficiantibus enim auxilium diviſionis dari non placuit. *l. ſi dubitet. 10. §. 1. ff. eod.* Altera eſt, ſi omnes fidejuſſores idonei, hoc eſt, ſolvendo ſint, quo tempore lis conteſtatur. §. *ſi plures. Inſtit. l. inter eos. 51. §. 1. ff. eod.* Quod placet in hac re ſpectari tempus litis conteſtatæ, id eo pertinet, primum ut ſciamus, ſi quis è fidejuſſoribus eo tempore ſolvendo non ſit, id cæteris qui ſolvendo ſunt, non prodeſſe: deinde ſi omnes tempore litis conteſtatæ ſolvendo fuerint, & poſtea aliqui minus idonei eſſe cœperint, quamvis ante ſententiam, eam rem ad onus eorum qui ſolvendo ſunt non pertinere. *d. l. inter eos. §. pen. d. §. ſi plures.*

De illo non convenit, quando exceptio diviſionis opponenda ſit, poſtulandumque, ut actio dividatur. Petrus de Bellapert. putavit hanc exceptionem opponi debere antequam lis cum uno ex fidejuſſoribus conteſtata ſit; quem & Cynus & alii ſecuti ſunt. Moventur primum eo, quod in §. *ſi plures. Inſt. de fidejuſſ.* dicitur compelli creditorem partem à ſingulis fidejuſſoribus, qui modo ſolvendo ſunt tempore litis conteſtatæ, petere: ſi quis autem eo tempore ſolvendo non ſit, hoc cæteros onerare: unde recte ſibi viſi ſunt colligere, eodem quoque tempore hanc ex-

 ceptio-

Digitized by Google

utrumque ſimul dictetur, de utroque ſimul cognoſcatur, unaque ſententia utrumque terminetur. Movetur hæc quæſtio in interdictis adipiſcendæ & recuperandæ poſſeſſionis; à multis tamen & in interdictis retinendæ: vide *cap. paſtoralis. & ibi latè Gloſſ. ext. de cauſ. poſſeſſ. & prop.* Nos in hac quæſtione probamus ſententiam Joannis & Azonis negantium hæc judicia eo, quo diximus, modo cumulari poſſe, ſed prius de poſſeſſione, deinde de proprietate diſtinctis judiciis eſſe cognoſcendum, contra doctrinam Petri, qui omne poſſeſſorium cum petitorio cumulari poſſe contendit, & Martini, qui excepit tantum interdicta retinendæ poſſeſſionis. Etenim ut poſſeſſio nihil commune habet cum proprietate. *l. naturaliter.* 12. §. 1. *ff. de acq. poſſ.* & ut ſunt plane hæ res diſſimiles. *l.* 14. §. *ult. ff. de except. rei jud.* cum poſſeſſio ſit facti, dominium juris. *l.* 1. §. 3. *l. cum heredes.* 23. *ff. eod. l. denique.* 19. *ff. ex quib. cauſ. major.* ita etiam duas actiones non modo diſtinctas, ſed etiam inſociabiles pariunt, dominium rei vindicationem. *l. in rem.* 23. *ff. de rei vind.* §. 1. *Inſt. de action.* poſſeſſio actionem in perſonam ſeu interdictum. *l.* 1. §. *pen. ff. de interdict.* ac proinde etiam duobus diſtinctis judiciis hæc tractanda ſunt: cum actiones contrariæ, & incompatibiles cumulari nunquam poſſint. *l.* 1. *C. de furt. cum ibi not. l.* 16. *C. de inoff. teſt. Ant. Fab. C. ſuo for. tit. unde vi. defin.* 8. Placet autem poſſeſſionis litem prius decidi oportere, ac tum demum de cauſa proprietatis ab eodem judice cognoſci. *l. ordinarii.* 13. *C. de rei vind. l.* 3. *C. de interdict. l. exitus.* 35. *ff. de acq. poſſ. l. ult. C. quorum bonor.* Ex quo intelligimus, niſi prius judex de poſſeſſione judicaverit, jure ab ejus ſententia appellari poſſe, quod & diſerte traditum eſt in *l.* 1. *C. de appellat.* Quod ſi utramque controverſiam & poſſeſſionis & ſimul proprietatis eodem judicio cognoſci & terminari volumus, res

erit

erit inexplicabilis, & exitum reperire judicium non poterit. *d. l. exitus. 35. ff. de acq. poſſ. l. inter litigantes. 62. ff. de judic. l. liberis. 7. §. ult. ff. de lib. cauſ.* quippe cum ut petitoria actio inſtituatur, prius conſtare debeat, quis ſit poſſeſſor; quia & civilis, & naturalis ratio facit, ut alius poſſideat, & alius à poſſidente, qui hic reus eſt, petat. §. *retinendæ. 4. Inſt. de interdict. d. l. inter. 62. ff. de judic.* At ſi judex de utroque ſimul cognoſcat, ſententiam ferre non poterit, quæ judicii exitus eſt. Nam in petitorio jubetur poſſeſſorem abſolvere, ſi petitor non probaverit ſe dominum eſſe. *l. ult. C. de rei vind.* Sed quomodo poſſeſſorem, quem ignorat, abſolvet? Ignorat autem quamdiu pendet cauſa poſſeſſionis. Quod ſi prius de poſſeſſione judicari oportet, perſpicuum eſt ſimul poſſeſſorio & petitorio judicio agi non poſſe. Atque hoc etiam Martinus admiſit, cum de poſſeſſione agitur interdicto retinendæ poſſeſſionis. Non idem autem nec ille nec plerique alii probant, ſi de poſſeſſione agatur interdictis recuperandæ aut adipiſcendæ poſſeſſionis, veluti ſi quis de fundi poſſeſſione dejectus experiatur interdicto unde vi, & idem ſe fundi dominum dicat: aut heres interdicto quorum bonorum de adipiſcenda poſſeſſione rerum hereditariarum, quarum & idem ſe dominum eſſe dicat Hic ſtatuunt utrumque judicium poſſe concurrere, ut quis & interdicto experiatur ad recuperandam aut adipiſcendam poſſeſſionem, & ſimul judicio petitorio de proprietate, eo quod non minus interdicta hæc, quam actio petitoria adverſus poſſeſſorem dentur, ut nulla hic videatur repugnantia. Sed nec hoc concedendum eſt: generalis enim hæc ſententia eſt tradita in *d. l. ordinarii. 13. C. de rei vind.* poſſeſſionis quæſtionem prius decidi oportere: at in interdictis recuperandæ aut adipiſcendæ poſſeſſionis etiam de poſſeſſione quæritur: ac proinde etiam controverſiam ex his natam prius decidi

oportet. De ſpecie interdicti unde vi id expreſſe quoque cautum eſt *l. 1. C. de appel. l. ſi de vi. 37. ff. de jud.* Et ratio juris eadem hic eſt, quæ in caſu ſuperiore: nam nec, cum interdicto recuperandæ aut adipiſcendæ poſſeſſionis agitur, conſtat, uter è litigatoribus pro poſſeſſore haberi & commodo poſſeſſionis frui debeat, priuſquam de poſſeſſione ex interdicto judicatum ſit: hoc autem non conſtituto non poteſt petitoria actio inſtitui. *l. inter. 62. ff. de judic. §. retinendæ. Inſtit. de interdict.* Nec ad rem pertinet, quod qui poſſeſſionem ſibi reſtitui petit, vel nunc primum conatur adipiſci, adverſarium poſſeſſorem agnoſcit: nam ſi rem ipſam & effectum juris ſpectamus, nemo videtur poſſidere, qui poſſeſſionem retinere non poteſt. *l. non videtur. 22. ff. de acq. poſſ.* Contra vero, qui ad recuperandam aut nanciſcendam poſſeſſionem actionem habet, perinde habetur quaſi poſſideret. *l. ſi quis vi. 17. pr. ff. eod. l. is qui. 15. ff. de reg. jur. l. id apud. 143. ff. de verb. ſign.* Proinde ſive is revera poſſidet, bene eſt; ſive non poſſidet, tamen poſſeſſio una cum poſſeſſionis commodo ei tribuenda eſt ſententia judicis: quod ſi judex ante omnia non fecerit, juſte ab eo provocabitur. *l. 1. C. de appellat.* Sed etſi juris auctoritate deſtitueremur, non aliter tamen reſpondere poſſemus propter horum judiciorum contrariam conditionem & finem. Judicii poſſeſſorii finis hic eſt, ut qui eo experitur, poſſeſſor judicatus commodo poſſeſſionis fruatur: petitorii hæc conditio, ut qui eo agit, petitoris onus in ſe ſuſcipiat, quæ cum ſint pugnantia, niſi prius de poſſeſſione judicatum ſit, res exitum habere non poteſt. *d. l. inter litigantes. 62. ff. de judic. §. retinendæ. Inſt. de interdict.* Fingamus actorem in poſſeſſorio ſuperiorem eſſe, inutilis tamen hæc ei victoria eſt, cum nihilominus petitorio experiens, & in eo perſeverans partes petitoris ſuſtinere debeat, quaſi commodo poſſeſſionis repudiato. Si vincitur, aperte id

te id ei inutile eſt. Quod ſi prius in petitorio pronuntietur pro actore, multo minus ulla poſſeſſorii utilitas eſſe poteſt, cum ex ſententia ſuper petitorio lata pleniſſima reſtitutio fieri debeat. Illa autem remedia demum vere cumulari dicuntur, ex quorum utroque aliquid conſequi poſſumus. Adde quod ſic injuria fit poſſidenti, cui ob eam cauſam & appellare licitum. *l. 1. C. de appellat.* Quod ſi eodem tempore & de poſſeſſione & ſimul de proprietate judicabitur, hinc pro actore, ut is poſſeſſor pronuntietur; illinc pro reo, ut is declaretur dominus, exibit forma ſententiæ, quæ proponitur in *c. cum dilectus. ext. de cauſ. poſſ. & propriet.* merito irriſa à Donello in *l. 3. n. 8. Cod. de interdict.* Nam profecto ridiculum eſt, ut judex jubeat reum poſſeſſionem reſtituere actori, qui poſſeſſor eſt, & ſimul eodem momento eademque ſententia jubeat eum ipſum actorem reſtituere poſſeſſionem reo, qui dominus eſt & ſuperior in jure proprietatis. Qui hoc ridiculum eſſe negant, ne illi ipſi ſunt valde ridiculi. Illud autem abſurdum non eſt, ut lite poſſeſſionis prius deciſa, atque uni poſſeſſione, litis de proprietate ordinandæ gratia, tantiſper adjudicata, poſtea de proprietate idem judex cognoſcens petitori, qui ſe dominum eſſe in hac lite probavit, poſſeſſionem reſtitui jubeat. Atque hinc jam intelligimus hanc procedendi rationem non modo eſſe convenientiſſimam, ſed etiam eſſe neceſſariam: quippe qua non obſervata locus ſit provocationi.

Non obſtat huic ſententiæ *l. cum fundum. 18. §. ult. ff. de vi & de vi armat.* Non enim negamus quod illic dicitur, eum, qui rem vindicare cœpit, poſſe pendente judicio petitorio, hoc eſt, interim dum de poſſeſſione cognoſcitur, dilato, interdicto experiri: ſed negamus utrumque poſſe ſimul jungi, de utroque ſimul & eodem tempore judicem poſſe cognoſcere & judicare. Atqui, inquies, is qui ſemel actio-

 nem

Digitized by Google

nem propoſuit, cogitur perſeverare ad finem uſque litis. *auth. qui ſemel. C. quom. & quand. jud. ſent.* Reſpondeo, qui interdicto de poſſeſſione experitur, pendente rei vindicatione, & interim perſecutionem petitorii omittit, is non recuſat litem exercere de proprietate, ſed recuſat in ea lite partes ſuſtinere petitoris, ac ſe commodo poſſeſſoris frui vult, id quod jure poſtulat, cum ſit poſſeſſor, nec vindicando (forte per imprudentiam) renuntiaſſe poſſeſſioni videatur. *l. naturaliter.* 12. §. 1. *ff. de acq. poſſ.* Mirum autem in modum huic ſententiæ obſtare creditur textus in *l. 6. ff. de except. rei jud.* eoque contrariæ ſententiæ auctores præcipue nituntur, quaſi illic Juriſconſultus aperte diceret judicium petitorium & poſſeſſorium diverſis quidem & ſeparatis actionibus proponi, ſed tamen unam ſententiam & unum judicati finem ſufficere, ut ad utrumque proſit una & eadem exceptio rei judicatæ. Mihi autem mira hæc videtur loci iſtius interpretatio, cujus ſimplex & plana, ſi qua ullius, ſententia eſt, nempe ſufficere ad exceptionem rei judicatæ rem quamque ſemel ſententia judicis terminatam eſſe; nec debere eam ſententiam apud eundem judicem retractari. Et obſtat magis hic locus contrariæ ſententiæ: quod & Ant. Matthæus in *diſput. ad l. ordinarii. C. de rei vind.* obſervavit. Nihil etiam adverſus ſententiam noſtram facit locus Juſtiniani in *Nov. 4. c. 2. verſ. contra principales* ubi licentia datur creditoribus adverſus principales debitores pignus pro debito obligatum poſſidentes utraque actione ſimul experiundi, & perſonali & hypothecaria: nam in cumulatione illa actionis perſonalis & hypothecariæ, de qua illic Juſtinianus, nihil eſt præpoſteri, ut contra eſſe oſtendimus in cumulatione interdicti cum rei vindicatione: ut ecce, ſi creditor eodem libello petat, ut aut centum, quæ ſibi ex contractu aliquo debentur, ſolvantur, aut pignus pro ea ſumma obligatum, cujus

poſ-

poſſeſſio penes debitorem ſit, ſibi reſtituatur, in hac cumulatione nihil eſt, quod ordinationem judicii ejuſve exitum impediat: ſed probato debito, & pignoris pro eo conſtitutione, judex debitorem aut ſolvere jubebit, aut pignus reſtituere. Utique enim, quod notandum, disjunctim petitio hic concipienda & libello complectenda eſt, ut aut ſolvat debitor, aut pignus reſtituat; non conjunctim, ut & ſolvat, & pignus reſtituat; cum ſolutione ejus, quod debetur, non tantum debitor ipſe, ſed etiam pignus liberetur. *l. in omnibus. 43. ff. de ſolut.* cum ſimilib. Alia urget Cujacius *lib. 25. obſ. 34.* ubi ſic argumentatur: Si cœpto & pendente judicio in rem licet agere interdicto uti poſſidetis, cur non & ab initio utrumque conjungere? Sed inquam non ſequitur, mutari actio poteſt, aut interim dum de alia re diſputatur, omitti: ergo cum altera ſimul jungi & dictari poteſt; quoniam mutatio nihil habet incommodi. *l. 3. C. de edend.* conjunctio & cumulatio plurimum, ut ſupra probatum eſt. Inficiatio, inquit Cujacius, & exceptio conjungi poſſunt hoc modo, *Nihil debeo, & ut debeam, pacto mihi debitum remiſiſti:* ergo ita poteſt utraque actio conjungi, poſſeſſoria & petitoria. *Tu non poſſides, ſed ego; & ut tu poſſideas, rem meam eſſe aio.* Sed mala & hæc Cujacii collectio eſt. Nam ſi reus, dum forte de intentione actoris dubitat, utatur & inficiatione & ſimul depulſione, nihil præpoſtere facit, aut quod judicii conſtitutionem exitumve moretur: ſed probationis tum hic ordo eſt, ut prius de ſua intentione doceat actor, deinde ad probationem exceptionis tantiſper dilatam admittatur reus. *l. 8. l. 9. C. de except.* Sed nec quod reo, cui non ſemper ſui defendendi facultas. *l. 5. §. ult. ff. de dol. mal. except.* permittitur, ut ſcilicet pluribus defenſionibus aut exceptionibus ſimul & eodem tempore uti poſſit. *l. 5. l. 8. ff. de except. l. nemo. 43. de reg. jur.* id continuo & actori concedendum,

Digitized by Google

nempe ut is quoque ex contrario pluribus actionibus ſimul experiatur, ut jam evicimus. Deſtinanti rem petere ſuadet Gaius, ut videat num interdicto aliquo poſſeſſionem nanciſci queat, quo eam nactus in adverſarium transferat onus petitoris. *l. is qui. 24. ff. de rei vind.* Sed & qui jam cœpit rem vindicare, poteſt nihilominus experiri interdicto uti poſſidetis. *l. naturaliter.* 12. §. 1. *ff. de acq. poſſ.* At ex hoc loco non recte infertur cumulatio ſeu conjunctio utriuſque judicii. Nam his Juriſconſulti verbis, *Non denegatur interdictum uti poſsidetis, qui cœpit rem vindicare,* non hoc ſignificatur, poſſe utrumque judicium cumulari, unaque terminari ſententia, ut male putat *Fachin.* 8. *controv.* 6. ſed poſſe eum, qui vindicare cœpit, omiſſo tantiſper petitorio, & interim dum de poſſeſſione cognoſcitur, ſuſpenſo & dilato, interdicto experiri. *l. cum fundum.* 18. §. *ult. ff. de vi & de vi arm.* ibi *pendente judicio.* Cæterum ex converſo pendente judicio poſſeſſorio, petitoria actio inſtitui non poteſt, quia prius poſſeſſionis cauſam decidi oportet, quam ad cauſam proprietatis veniatur. Plane ſi quis dum animadvertit in petitorio ſe melius fundatum eſſe, poſſeſſorio renuntiare & ad cauſam proprietatis tranſire velit, non eſt dubitandum, quin id ei concedendum ſit: nec ſententia lata in poſſeſſorio præjudicium ullum petitorio facit. *l.* 14. §. *ult. ff. de except. rei jud.* Jus autem Pontificium hac in re diſcrepat à jure civili, quod Innocentius Tertius male intellexit, deceptus *l. cum fundum.* 18. §. 1. *ff. de vi & de vi arm.* ut apparet ex *c. paſtoralis. ext. de cauſ. poſſ. & propr.* ubi eodem judicio & interdicto recuperandæ ſeu adipiſcendæ poſſeſſionis, & ſimul actione in rem experiri permittit, citato dicto juris civilis loco: aliis poſſeſſoriis judiciis, ut ipſe loquitur, in ſuo robore duraturis, quæ vindicationem dominii ſui natura præcedunt: qui & Martini & communis error fuit. Sic idem Pontifex in *c. Raynutius. ext. de teſtam.*

Digitized by Google

teſtan. ſecutus eſt communem errorem de duarum quar arum detractione. Apud eundem *c. cum dilectus. de cauſ. poſſ. & propriet.* habes deridiculam illam ſententiam, quam ſupra exploſimus: add. Donellum & Giſanium ad *l. 3. C. de interdict. Papon. lib. 8. tit. 12. arreſt. 4. Charond. 4. reſp. 28.*

CAP. XL.

Exceptio diviſionis qualis ſit & quando proponenda?

PLures fidejuſſores ejuſdem rei aut pecuniæ debitæ in ſolidum ſingulos teneri, ſive id nominatim convenerit, ſive non convenerit, explorati juris eſt. *l. ſi plures. 4. Inſt. de fidejuſſ. l. 3. C. eod.* Neque hoc jus mutatum eſt *Nov. de reis promitt. 99.* unde *auth. hoc ita. C. de duob. reis.* Recte enim vulgo recepta hæc ſententia eſt, eam conſtitutionem, quæ de duobus reis eſt, ad fidejuſſores non pertinere. Nam cum plures rei promittendi ejuſdem pecuniæ accipiuntur, dubitari poteſt, qua mente id fiat, utrum ſicut ſolidum verbis, ita re quoque promiſiſſe videantur; an obligationem pro numero perſonarum dividi exiſtimaverint: cujus dubitationis cauſam ſuſtulit Juſtinianus, cavens ne plures ejuſdem pecuniæ promittendi rei aliter in ſolidum ſinguli obligentur, quam ſi nominatim id actum ſit. At plurium fidejuſſorum obligatio nullam talem dubitationem habet: quippe cum horum ſinguli promittant id quod reus debet, & quantum debet. Tenentur ergo ſinguli plurium fidejuſſorum in ſolidum, & in ſolidum ſinguli conveniri poſſunt. Cæterum hoc beneficium epiſtola Divi Hadriani illis tributum eſt, ut ſi quo tempore lis cum aliquo eorum conteſtatur, omnes ſolvendo ſint, actio inter eos pro portionibus virilibus dividatur. *d. §. 4. Inſt. de fidejuſſ. l. ſi plures. 27. ff. l. 3. C. eod.* Eſtque hoc beneficium, quod vulgo *diviſionis*

 appel-

appellatur: competitque non fidejuſſoribus tantum, verum etiam cæteris acceſſionibus, puta pluribus, quorum aut mandatu eadem pecunia credita eſt, aut qui pro alio idem ſe ſoluturos conſtituerunt. *l. ult. C. de pecun. conſtit.* Locus autem eſt huic beneficio ſeu exceptioni dividendæ actionis, cum plures ſunt fidejuſſores. Et exploſus fuit Advocatus Leydenſis Tobias ex Alto, (inſignis alioqui & celebris practicus) qui huic exceptioni locum eſſe contendebat etiam ubi unus tantum fidejuſſor eſt, nempe ut actio inter reum principalem & fidejuſſorem divideretur: de quo integram ille conſultationem conſcripſit: ſed egregie confutatur textu *l. ſi plures. 27. §. ult. ff. de fidejuſſ.* Quid ſi in pluribus fidejuſſoribus accipiendis expreſſe convenerit, ut ſinguli in ſolidum teneantur? Nihilominus hoc beneficio gaudebunt, cum etſi hoc adjectum non eſt, ſinguli in ſolidum teneantur: nec conventio iſta conditionem juris & conſtitutionem mutat; poſtquam jure hoc fiat, ut inter fidejuſſores actio dividatur. *l. 3. C. de fidejuſſ.* & ſecundum hoc Lutetiæ judicatum refert *Papon. lib.* 10. *tit.* 4. *arreſt.* 23. Cæterum non aliter pluribus fidejuſſoribus auxilium diviſionis indulgetur, quam ſi confidejuſſores ſint, id eſt, ſi ut ejuſdem ſummæ, ita & ejuſdem debitoris ſint fidejuſſores: inter plures enim diverſorum debitorum, licet ejuſdem ſummæ, fidejuſſores actio non dividitur. *l. ſi plures. 27. §. ult. l. ſi à Titio. 43. ff. eod.* Exemplo fidejuſſorum datur hoc beneficium & pluribus tutoribus, qui ſimul tutelam geſſerunt, aut quorum nemo geſſit, & ſolvendo ſunt. *l.* 1. §. *nunc tractemus.* 10. *& ſeqq. ff. de tut. & rat. diſtr. l. ſi plures.* 38. *& ibi DD. ff. de admin. tut. Paul. Mont. tract. de jur. tut. c.* 39. *n.* 149. Datur & plurium tutorum fidejuſſoribus. *l.* 6. *l.* 7. *ff. de fidejuſſ. & nominat. tut.* pluribus autem unius tutoris fidejuſſoribus non datur. *l. ult. ff. rem pup. ſalv. for.* ubi & ratio. Enimvero in hac diviſione notandum

dum

Digitized by Google

dum eſt, dividi obligationem inter plures fidejuſſores non ipſo jure, ſed ope exceptionis. *l. inter fidejuſſores. 26. ff. de fidejuſſ.* Inter quæ multum intereſt. Nam ſi ipſo jure obligatio diviſa eſſet, id eſt, ſi ſinguli partes tantum viriles ipſo jure deberent, in ſolidum nemo eorum conveniri poſſet, quantumvis forte aliqui non eſſent idonei. Quin & ſi quis ſolidum ſolviſſet, partem condicere, tanquam plus debito ſolutum, non prohiberetur: quod utrumque ſecus ſe habere oſtendit *d. l. inter fidejuſſores.* & *l. ſi teſtamento. 49. §. 1. ff. eod.* Porro duæ ſunt conditiones ſub quibus beneficium diviſionis fidejuſſoribus indulgetur: una eſt, ſi fidejuſſores non negent ſe fidejuſſores eſſe: inficiantibus enim auxilium diviſionis dari non placuit. *l. ſi dubitet. 10. §. 1. ff. eod.* Altera eſt, ſi omnes fidejuſſores idonei, hoc eſt, ſolvendo ſint, quo tempore lis conteſtatur. *§. ſi plures. Inſtit. l. inter eos. 51. §. 1. ff. eod.* Quod placet in hac re ſpectari tempus litis conteſtatæ, id eo pertinet, primum ut ſciamus, ſi quis è fidejuſſoribus eo tempore ſolvendo non ſit, id cæteris qui ſolvendo ſunt, non prodeſſe: deinde ſi omnes tempore litis conteſtatæ ſolvendo fuerint, & poſtea aliqui minus idonei eſſe cœperint, quamvis ante ſententiam, eam rem ad onus eorum qui ſolvendo ſunt non pertinere. *d. l. inter eos. §. pen. d. §. ſi plures.*

De illo non convenit, quando exceptio diviſionis opponenda ſit, poſtulandumque, ut actio dividatur. Petrus de Bellapert. putavit hanc exceptionem opponi debere antequam lis cum uno ex fidejuſſoribus conteſtata ſit; quem & Cynus & alii ſecuti ſunt. Moventur primum eo, quod in *§. ſi plures. Inſt. de fidejuſſ.* dicitur compelli creditorem partem à ſingulis fidejuſſoribus, qui modo ſolvendo ſunt tempore litis conteſtatæ, petere: ſi quis autem eo tempore ſolvendo non ſit, hoc cæteros onerare: unde recte ſibi viſi ſunt colligere, eodem quoque tempore hanc ex-

Digitized by Google

ceptionem opponendam petendamque actionis diviſionem. 2. Per *l. liberum.* 16. *C. de fidejuſſ.* ubi diſerte ſcriptum eſt, poſt litis conteſtationem petitionem diviſam redintegrari juris rationem non pati: ex quo iterum, ut ſupra, colligunt, poſt litem conteſtatam exceptioni diviſionis locum non eſſe. 3. Ex eo quod fidejuſſori inficianti beneficium diviſionis denegatur. *l. ſi dubitet.* 10. §. 1. *ff. eod.* Litis autem conteſtatio non niſi negative à parte ejus qui convenitur fieri poteſt. *l.* 2. *C. de jurejur. propt. calum. l. rem non novam.* 14. §. 1. *C. de judic.* Sed verius eſt, quod & communiter placuit, etiam poſt litem conteſtatam diviſionis exceptionem opponi poſſe, & ſufficere, ſi quandoque ante ſententiam allegetur. *l. fidejuſſor.* 10. §. 1. *C. eod.* ubi Alexander Imperator Vitali ita reſcribit: *Ut is, qui cum altero fidejuſſit, non ſolus conveniatur, ſed dividatur actio inter eos, qui ſolvendo ſunt, ante condemnationem ex ordine poſtulari ſolet.* Frivolum autem eſt quod reſpondent, exceptionem, quæ ante litem conteſtatam opponitur, utique etiam opponi ante ſententiam ſeu condemnationem; nam utique hoc falſum eſt, exceptionem, quam ante ſententiam opponi ſufficit, eam opponendam eſſe ante litis conteſtationem. Ait Imperator, *ex ordine poſtulari ſolet*, id eſt, ſervato ordine earum defenſionum, quæ fidejuſſoribus competere ſolent. Fieri enim poteſt, ut fidejuſſor in ſolidum conventus plures habeat defenſiones, aut ſaltem plures alleget: v. c. ſi dicat ſe non teneri, quia reus principalis liberatus ſit, vel ipſo jure, vel per exceptionem; aut ſi ex ſua perſona utatur exceptione vel pacti, vel jurisjurandi, &c. His autem defenſionibus cum ſe excluſum videt, recte atque ordine ad hanc exceptionem confugit, ac deſiderat, ut pro parte tantum conveniatur. Hoc vero poſtulari poteſt & ſolet ante ſententiam ſeu condemnationem, ut verba reſcripti habent. Non obſtat d. §. *ſi plures. Inſt*

de

Digitized by Google

de fidejuſſ. neque enim hoc ibi dicitur, exceptionem hanc proponendam eſſe ante litem conteſtatam: ſed hoc ſolummodo, ſi tempore litis cum uno conteſtatæ quidam non ſint ſolvendo, hoc ad onus cæterorum pertinere. Quamvis autem hæc exceptio poſt litem conteſtatam allegetur, non eo tamen minus actio inter eos dividi poteſt, qui tempore litis conteſtatæ ſolvendo fuerunt, & dividenda eſt, ſi is qui hac exceptione utitur, probet alios quoque eo tempore ſolvendo fuiſſe. *l. inter eos.* 51. §. 1. *ff. eodem. Mantic. de tac. & ambig. conv. lib.* 16. *tit.* 19. *n.* 2. In *d. l. liberum.* 16. *C. eod.* proponitur caſus, quo creditor cum omnibus fidejuſſoribus ſimul egit, cum ſingulis autem pro parte; atque ita actionem ſuam inter fidejuſſores pro parte cum ſingulis agendo ipſe ultro diviſit. Eum autem, qui hoc fecit, reſpondet Gordianus non poſſe poſt litis conteſtationem actionem diviſam inſtaurare, hoc eſt, ab eo, qui pro parte conventus erat, ſolidum non poſſe petere ex perſona eorum, qui ſolvendo non ſunt, aut ab initio ſolvendo non fuerunt: quia creditor actionem inter fidejuſſores ſponte ſua dividendo ſolidi petitioni renuntiare intelligitur: ac proinde beneficium epiſtolæ ad hunc non pertinet. Non movet, quod nemo litem conteſtando deteriorem conditionem ſuam facit. *l. non ſolet.* 86. *& ſeq. ff. de reg. jur.* Neque enim litis conteſtatio hoc quod dicimus efficit, ſed actionis diviſio, quam i is illa non niſi lite cum ſingulis pro parte conteſtata dividatur. Nimis autem leve eſt, quod ex *l.* 10. §. 1. *ff. de fidejuſſ.* objicitur, fidejuſſori inficianti auxilium epiſtolæ non indulgeri: quippe cum non ſimplex inficiatio fidejuſſores ab hoc beneficio removeat, puta ſi negent ſe teneri; ſed ſi negent ſe fidejuſſores eſſe, ſi inficientur ſe fidejuſſiſſe. Non utor ad confirmationem noſtræ & communis ſententiæ argumento vulgari, quod exceptio diviſionis ſit exceptio peremptoria: quod

Digitized by Google

quidem etſi verum eſt, licet Gloſſa hæſitet, & magis putet eſſe anomalam; utique enim perimit intentionem creditoris pro parte, nec ad onus aliorum pertinet, quod actione diviſa quidam poſt litem conteſtatam ſolvendo eſſe deſierunt. *l. inter eos.* 51. §. *pen. eod.* dubito tamen an verum ſit, quod vulgo traditur, exceptiones peremptorias etiam non conteſtatas in ſtrictis judiciis uſque ad ſententiam recte opponi, propter *l. 9. C. de præſcript. long. temp. l. 8. l. 9. C. de except. junct. l. ut fundus. ff. comm. divid.* quanquam id hodie ſublato fere judiciorum bonæ fidei & ſtricti juris diſcrimine admitti poteſt. Sed ut etiam exceptiones peremptoriæ initio litis conteſtandæ ſint, ut ita demum poſtea ad probationem & diſceptationem recte opponantur, quod ſatis aperte loca citata oſtendunt: vid. *Donell. ad l. 8. C. de except.* ſciendum tamen eſt, quæ de exceptionibus in exordio litis conteſtandis illic dicuntur, ea pertinere duntaxat ad exceptiones facti, quibus aliquid factum intendimus, quod proinde etiam probare debemus, ut intelligitur ex *l. in exceptionibus.* 19. *ff. de probat.* quæ enim facti quæſtionem habent, non poſſunt intelligi in judicium deduci niſi facti conteſtatione. Diverſa autem cauſa eſt exceptionum juris, hoc eſt, earum, quæ alicui conditione ipſa perſonæ jure tribuuntur; qualis eſt exceptio diviſionis fidejuſſoribus epiſtola D. Hadriani tributa: quod genus conteſtari neceſſe non eſt, ſed quandoque ante condemnationem allegari ſufficit. Nam auxilium diviſionis ſatis ſub appellatione & perſona fidejuſſoris in judicium deducitur, cum fidejuſſori jure tribuatur hoc ipſo, quod fidejuſſor eſt. Jam autem quæ juris ſunt, ea ad officium judicis pertinent, etiam ſi nominatim à partibus petita non ſint. *l. un. C. ut quæ deſ. adv. part. jud. ſuppl.* & multo magis igitur, ſi petita erunt, ut hoc beneficium poſtulari debere dicimus. Quidam putaverunt exceptionem

divi-

Digitized by Google

diviſionis etiam poſt ſententiam opponi poſſe in executione judicati, & hic etiam hæſitat Accurſius. Sed bene *D D. comm. in d. l. 10. C. de fidejuſſ. Gomez. 2. var. reſol. c. 13. n. 15. Zanger. tract. de except. part. 3. c. 19. n. 4.* id negant. Cur enim diceret Imperator, ante condemnationem poſtulari ſolere, ut actio dividatur, ſi idem poſtulare liceat etiam poſt ſententiam, cum jam is, cum quo actum eſt, in ſolidum eſt condemnatus? Sane ratio juris non patitur, ut actio judicati creditori ſemel in ſolidum quæſita adverſus eum, qui ſe paſſus eſt in ſolidum condemnari, poſtea parte duntaxat oblata ei invito adimatur, per *l. ult. ff. de pact. l. habere. 57. in fin. ff. de evict.* quanquam hoc non obſtante recte defenditur, poſſe hanc exceptionem opponi in ſecunda inſtantia, licet poſt priorem ſententiam: quia appellatio ſuſpendit, imo extinguit judicatum, & reponit rem in eum ſtatum, in quo erat ante ſententiam. *l. 1. §. ult. ff. ad ſenat. Turpill. Sichard. in d. l. 10. n. 13. C. de fidejuſſ. Zanger. & Gomez. ubi ſupra.* Nihil adverſus hæc facit, quod exceptio cedendarum actionum etiam poſtquam unus è fidejuſſoribus condemnatus eſt, opponi poteſt. *l. ſi fidejuſſores. 41. §. 1. ff. de fidejuſſor.* nam illa non oppugnat ſententiam, neque minuit jus victoris. Multum quippe intereſt, utrum fidejuſſor condemnatus poſtulet adhuc actionem dividi cum reliquis fidejuſſoribus, an actionem adverſus eos ſibi cedi. Nam qui diviſionem poſtulat, is contra ſententiam poſtulat, ne ſolidum ſolvat: qui ceſſionem deſiderat, is declarat ſe paratum eſſe ſolidum ſecundum ſententiam ſolvere, dum ſibi adverſus cæteros fidejuſſores conſulatur. Similiter quod in exceptionibus peremptoriis SCtorum Velleiani & Macedoniani, quæ publicæ utilitatis cauſa maxime introductæ ſunt, placuit, ut hæ etiam poſt ſententiam opponi poſſint. *l. tamen. 11. ff. de ſenat. Maced.* id nequaquam cum Jacobo de Butrio ad exceptio-

nem diviſionis trahi debet. *Sichard. in d. l. 10. C. de fidejuſſ. n. 10.* Nihil denique contrarii habet reſponſum Papiniani in *l. inter eos. 51. §. ult. ff. eod.* Loquitur enim de fidejuſſore damnato non nomine fidejuſſionis, ſed damnato capitis, ita ut propter damnationem bona ejus fiſco vindicarentur: quo caſu poteſt quidem adhuc creditor adverſus alios fidejuſſores jus ſuum exequi; ſed hic fidejuſſores recte poſtulabunt, ut inter eos, qui ſolvendo ſunt, actio dividatur: in quo numero etiam fiſcum, qui damnato ſucceſſit, & heredis loco eſt, habendum ſcribit Papinianus.

CAP. XLI.

An fidejuſſor ad certum tempus acceptus eo tempore elapſo obligatus maneat, & quomodo?

ELegans quæſtio eſt, an fidejuſſor, qui ad tempus pro aliquo ſpopondit, exacto eo tempore adhuc teneatur, & quomodo. Putamus autem in hac quæſtione recte ſentire eos, qui negant poſt tempus definitum fidejuſſorem ſine novo ejus conſenſu vel ex repetito cum debitore contractu, vel omnino in futurum obſtringi: in præteritum vero, ſeu reſpectu obligationis, pro qua intervenit, efficaciter obligatum manere. Exempli gratia, Matth. Colerus, ut ipſe de ſe teſtatur *de proceſſ. exec. p. 1. cap. 10. n. 310.* pro officiali quodam & rationibus ejus in annum fidejuſſerat. Expleto eo ſpatio, officium prorogatum, ſive ut nunc loquuntur, officiali continuatum eſt inconſulto Colero fidejuſſore. Hic dicimus Colerum ex fidejuſſione ſua teneri quidem etiam poſt annum, quo officium reo prorogatum eſt, ſed tantum de periculo temporis præteriti, ſeu prioris anni, quo ſolo fidejuſſor fuit, non autem temporis futuri ſeu annorum inſequentium. Igitur hoc primum dico, fidejuſ-

fidejuſſorem, qui ad certum tempus ſe obligavit, finito eo tempore, in poſterum non teneri, nec ex novo ſeu iterato cum debitore contractu obligari. Si ratio hujus aſſertionis quæritur, certum eſt eum, qui ad tempus fidem ſuam interponit, nolle poſt id tempus obſtringi: at extra verba & conventionem fidejuſſio non eſt extendenda, cum ſit contractus ſtricti juris. *l. quicquid.* 99. *ff. de verb. oblig. Hering. de fidejuſſ. c.* 2. *n.* 50. & *c.* 24. *n.* 33. Et in univerſum obligatio limitata ad certum tempus non poteſt invito obligato in longius tempus prorogari, ut bene *Ferrar. in form. libell. cont. plur. reos debend. verſ. ſolutionem facere recuſaverunt: n.* 2. Hinc reſcriptum eſt, fidejuſſorem, qui in certum tempus judicio ſiſti aliquem promiſit, in tantum tempus duntaxat teneri, in quantum ſe obligavit. *l. ſi fidejuſſor.* 27. *verſ. niſi in certum tempus. C. de fidejuſſ.* Et reſponſum, ſi in primo compromiſſo per fidejuſſores cautum fuerit, & iidem in ſequenti fidejubere noluerint, alios in eo adhibendos. *l. Labeo.* 25. §. *ult. ff. de recept. arbitr.* Si auctoritas quæritur, notabilis & apertus in hanc rem textus eſt in *l. ſi cum Hermes.* 7. *C. de locat.* ubi cum quidam pro alio conductionis temporalis nomine fidem ſuam obligaſſet, & conductor finito tempore conductionis ſine conſenſu fidejuſſoris in conductione detineretur, diſerte reſpondet Alexander, fidejuſſorem non oportere de poſterioris temporis periculo adſtringi: nempe quoniam alia & nova hic condictio finita priore intervenit. *l. qui ad certum.* 14. *ff. locat.* & conſequenter nova obligatio, cujus periculum ad fidejuſſorem prioris obligationis ſine novo ipſius quoque conſenſu pertinere non poteſt. Atqui, aiunt nonnulli, pignora prioris obligationis in reconductione obligata manent *l. legem.* 16. *C. de locat.* pignorum autem & fidejuſſorum par cauſa eſt. *l. promiſ.* 21. §. *ult. ff. de pec. conſtit. l.* 1. §. *jubet antem.* 9. *ff. de collat. l.* 4. §. *adduct.* 8. *ff.*

8. *ff. de fideic. libert.* Reſpondeo, renovata tacite conductio cum vinculis pignorum renovata cenſetur, ſed nempe ipſius conductoris, qui ultro ſe in nova obligatione conſtitui paſſus eſt, non autem ſi alius pro eo in priore conductione res obligavit, ſine novo hujus conſenſu. *l. item quæritur.* 13. §. *ult ff. locat.* ac proinde nec prioris conductionis fidejuſſores, ea renovata ſine novo & expreſſo eorum conſenſu in futurum obligantur.

Neque hic nobis objiciat quis, tempus non eſſe modum tollendi obligationem. *l. obligationem.* 44. §. 1. *ff. de oblig. & act.* nam cum fidejuſſoris obligatio certo tempore circumſcribitur & limitatur, id non tam eo ſpectat, ut tempore obligatio finiatur, quam ut ne poſt illud tempus aut pro alterius temporis obligatione fidejuſſor teneatur: quemadmodum ſi cum ducenta deberentur, in centum fidejuſſor datus eſt, nemo dixerit fidejuſſionem reſpectu reſidui finitam eſſe: at ſicut ſumma, ita & dies pars eſt ſtipulationis. *l.* 1. §. 2 *ff. de edend. Ant. Fab. Cod. ſuo for. de fidejuſſ. defin.* 25. *Valent. Reimer. quæſt. illuſtr. dec.* 10. *c.* 4. *Hering. d. tract. c.* 20. §. 18. *n.* 4. & 5. Et utique alias in omnem eventum tueri ſe poterit fidejuſſor exceptione pacti conventi vel doli mali. *d. l.* 44. §. 1. *ff. de oblig. & act. l. eum qui.* 56. §. *qui ita.* 4. *ff. de verb. oblig.* In tantum autem hæc vera eſſe arbitramur, ut etſi fidejuſſor cautionem ſibi reddi poſt repetitum contractum non poſtulaverit, nihilominagis ex nova obligatione teneatur. Quippe fidejuſſio nunquam fit tacite citra verba & ſtipulationem. *l.* 5. §. 2. *ff. de verb. oblig. l. blanditus.* 12. *C. de fidejuſſ.* & tralatitium eſt in fidejuſſionibus ſtipulationem loco formæ eſſe. *Hering. d. tr. c.* 11. *n.* 1. *& ſeqq.* quod ideo hic notare viſum, ne quis putet fidejuſſori neceſſariam hic eſſe aut proteſtationem aut cautionis repetitionem, propterea quod in *d. l. ſi cum Hermes. C. de locat.* mentio fit

repeti-

repetitæ à fidejuſſore cautionis: neque enim hoc ideo memoratur, quia id neceſſarium, ſed quia factum fuit: cujuſmodi ſexcenta alia ex facti contingentia in Codice narrantur à conſultoribus, & in reſcriptis iterantur, quæ tamen ad cauſæ deciſionem nihil aut parum faciunt, ut vel leviter in jure verſatis notum eſt. Sic etiam Colerus loco ſupra citato cautionem ſuam fidejuſſoriam ſe repetiiſſe memorat, non quia id neceſſarium putavit, ſed quia id fecerat, dubitationis omnis ſcilicet tollendæ gratia. Quod vero prorogatione ſolutionis non liberetur fidejuſſor, qui ad certum tempus ſe obligavit, id longe aliam rationem habet: multum enim intereſt inter prorogationem ſolutionis, quæ fit ſalva obligatione principali, & prorogationem quam vocant obligationis, quæ eſt obligationis finitæ novo contractu interveniente renovatio. Sed de eo uberius in *quæſt. ſeq.* Ex converſo autem dicimus fidejuſſorem in propoſito firmiter obligatum manere in præteritum, id eſt, nomine ejus, quod ex cauſa prioris contractus, pro quo intervenit, deberi cœpit. Quoniam licet prior ille contractus expiraverit, obligatio tamen ex eo contractu nata adhuc manet, & tam diu durat, donec creditori ſolutum aut aliter ei ſatisfactum ſit. Neque enim tempore obligationes pereunt. *l. obligationum. 44. §. 1. verſ. placet etiam. ff. de oblig. & act.* niſi poſt triginta annorum curriculum. *l. 3. C. de præſcr. trig. ann. l. 1. §. 1. C. de annal. except.* adde *l. ſi alienam. 9. §. omnis pecunia. 3. ff. de pign. act. l. grege. 13. §. etiam. 4. ff. de pignor.* facit *l. nemo poteſt. 35. & l. ſeqq. ff. pro ſoc.* cum ſimilibus. Sed & firmum hujus aſſertionis argumentum duci poteſt ex *d. l. ſi cum Hermes. C. de locat.* Nam cum Imperator illic ſic reſcribat, non oportere fidejuſſorem ad certum tempus obligatum de poſterioris temporis periculo adſtringi, hoc ipſo non obſcure ſignificat eum adſtringi periculo temporis prioris: cui ſimile

ha-

Digitized by Google

habemus in *l. ult. C. in quib. cauſ. tut. hab.* Nimirum unius excluſio alterius ſolet eſſe incluſio. *l. cum prætor.* 12. *ff. de judic. l. ex eo.* 18. *ff. de teſtib.* Et argumentum à contrario ſenſu valide procedit. *l.* 1. *ff. de offic. ejus cui mand. juriſd.* niſi aut manifeſta juris ratio aut expreſſi textus refragentur *Præſ. Everh. in loc. legal. loc.* 82. *n.* 4. Sic fidejuſſio dicitur in tantum tempus extendi, in quantum atteſtatio fuerit expreſſa. *l. ſancimus.* 27. *verſ. tunc enim. C. de fidejuſſ.* venditor, qui ſe periculo ſubjecit deſignato tempore, in id tempus periculum ſuſtinere, quoad ſe ſubjecit. *l.* 1. *ff. de peric. & comm. rei vend.* Denique æque iniquum foret, verbi cauſa, fidejuſſorem conductionis in quinquennium factæ teneri ea renovata de ſexti anni penſione, quam iniquum foret eum renovatione conductionis liberari in quinquennium præteritum. Alia autem cauſa eſt novationis, ſeu prioris debiti in aliam obligationem converſionis, hoc eſt, cum ex præcedenti cauſa ita nova conſtituitur obligatio, ut prior perimatur. *l.* 1. *ff. de novat.* §. *præterea.* 3. *Inſt. quib. mod. toll. oblig.* quippe cujus rei hic effectus eſt, ut etiam acceſſiones, & incommoda omnia, quæ prioris obligationis fuerunt, quaſi ſolutione facta *l. ſi rem.* 31. §. 1. *verſ. eo magis. ff. de novat.* ſimul evaneſcant, & conſequenter ut non in futurum tantum, verum etiam in præteritum fidejuſſores priores obligationis liberentur. *l. ſi creditor.* 15. *l. novatione.* 18. *l. aliam.* 29. *ff. de novat. l. in omnibus.* 43. *ff. de ſolut. l. ubicunque.* 60. *ff. de fidejuſſ. l.* 4. *C. eod.* Conſentiunt *Hering. tract. de fidejuſſ. c.* 20. §. 18. *n.* 4. *& ſeqq. junct.* §. 12. *n.* 5. 6. 7. *Ant. Fab. Cod. for. de fidejuſſ. dec.* 25. *Specul. lib.* 4. *part.* 3. *de fidejuſſ.* §. 1. quanquam obſcure loquitur *Valent. Reimer. dec.* 10. *quæſt. illuſtr. c.* 4.

CAP.

Digitized by Google

CAP. XLII.

An prorogatio termini ſolutionis liberet fidejuſſorem?

VIcina ſuperiori, ac tantum non ex iiſdem fundamentis juris decidenda quæſtio eſt, an prorogatione termini ſolutionis, id eſt, ſi creditor debitori ignorante fidejuſſore tempus ad ſolvendum præſtitutum prorogaverit, fidejuſſor liberetur. Speculator *lib. 4. part. 3. tit. de fidejuſſ.* §. 1. *verſ. illud autem quæritur.* & *ibi Ioan. Andr. in addit. Ferrar. in form. libell. cont. plur. reos debend.* §. *ſolutionem facere recuſaverunt. aliique relati apud Berlich. part. 2. concl. 25. n. 2.* putaverunt prorogatione temporis ad ſolvendum conſtituti liberari fidejuſſorem ſine ulla diſtinctione. Alii vero diſtinguunt, utrum fidejuſſor ſimpliciter ſine adjectione temporis fidem ſuam interpoſuit, an vero ad certum duntaxat tempus ſe obligavit: priore caſu negant prorogatione ſolutionis effici, ut fidejuſſor liberetur: poſteriore autem caſu contendunt data prorogatione termini fidejuſſorem liberari. Et hæc eſt communis interpretum opinio, ut videre eſt apud *Gomez. lib. 2. var. reſolut. c. 13. n. 21. Fachin. lib. 2. contr.* 88. *Hering. tract. de fidejuſſ. c. 20.* §. 12. *n. 2. & 3. Berlich. d. p. 2. concl. 25. n.* 18. cui etiam Fachinæus & Berlichius aſſentiuntur. Sed verius eſt neutro caſu prorogatione ſolutionis liberari fidejuſſorem: nec ullus in jure noſtro locus produci poteſt, quo contrarium probetur, ſive fidejuſſio tempore determinata ſit, ſive indeterminata. Abutuntur autem interpretes locis quibuſdam, veluti *l. ſi cum Hermes. 7. C. de locat. l. item quæritur.* 13. §. *ult. ff. eod.* quippe quibus locis non agitur de prorogatione ſolutionis, ſed de obligationis, pro qua fidejuſſor intervenerat, finitæ renovatione: nec illud dicitur fidejuſſorem reno-

renovata obligatione liberari: ſed renovatæ obligationis periculum ad eum non pertinere: cæterum ex priore contractu obligatus eſſe propterea non deſinit, ut ſuperiore capite plene demonſtravimus. Igitur ſi debitori, qui ad certum diem ſe ſoluturum promiſerat, eoque nomine fidejuſſorem dederat, creditor inſcio fidejuſſore facultatem ſolvendi in longius tempus prorogavit, negamus idcirco fidejuſſorem liberatum videri: cum principalis obligatio ſalva maneat. Non enim tempus in obligatione fidejuſſoris appoſitum eſt ad finiendam aut limitandam obligationem, quo caſu aliud dicendum eſſet, reſpectu periculi ſequentis temporis. *d. l. ſi cum Hermes. C. de locat.* ſed ad faciendam ſolutionem & exactionem. *Gabriel. lib. 3. comm. opin. tit. de fidejuſſ. concl. 3. Coler. de proceſſ. execut. p. 1. c. 10. n. 2. 98. & ſequent.* Nec durior ſit conditio fidejuſſoris. Nam ſi jamdiu in obligatione manſit, nec diutius manere velit, poteſt ille ſibi conſulere ordinario juris remedio, quemadmodum & ſi reus labi facultatibus inciperet. *l. Lucius. 38. ff. mandat. l. ſi pro ea. 10. C. eod. c. ult. ext. eod.* Quod ſi nec ſolvere ipſe velit, nec petere adhuc poſſit, ut à fidejuſſionis periculo eximatur, boni conſulere debet, quod dilationis reo conceſſæ beneficium ſibi commune futurum ſit, ut tardius ad ſolutionem urgeatur: nam dilatio reo data, danda etiam eſt fidejuſſori. *l. ult. §. 1. C. de uſur. rei jud. l. ſi unus. 27. §. 1. ff de pact.* qui proinde, & ipſe tanto plus habiturus ſit intermedii temporis & ſpatii ad ſolvendum. *l. quod certa. 70. ff. de ſolut. Ant. Fab. C. ſuo. for. tit. de fidejuſſ. defin. 25. Hering. d. tract. c. 20. § 1. n. 6. & ſeqq.*

Hoc igitur poſito, quod prorogatio termini ſolutionis tantum differat exactionem, & manente principali obligatione moram debitoris duntaxat tollat, quæ alias & fidejuſſori, maxime in omnem cauſam obligato, noceret. *l. ſi quis. 24. §. 1. ff. de uſur. l. mora.*

Digitized by Google

ra. 88. *ff. de verb. oblig. l. quaro.* 54. *ff. locat.* neceſſario ſequitur prorogatione non liberari fidejuſſorem, ſed manere obligatum, ſive ſimpliciter, ſive cum adjectione temporis ſe obſtrinxerit: nam prorogatio fit cum omnibus ſuis acceſſoriis & qualitatibus. *Gomez. & Coler. ubi ſupra. Perez ad Cod. tit. de fidejuſſ. n.* 44. nec ulla hic intervenit aut obligationis finitæ repetitio, ut poſſit dici in futurum liberatus, ſicut in caſu *l. ſi cum Hermes. C. de locat.* aut novatio, per quam prior obligatio tollatur, & nova in locum ſublatæ verbis ſtipulationis ſubſtituatur, ut poſſit dici pleniſſime atque etiam in præteritum liberatus; qui novationis effectus eſt. *l. novatione.* 18. *ff. de novat. l. ubicunque.* 60. *ff. de fidejuſſ. l.* 4. *C. eod.* Reſpondet Berlichius, regulam illam, quod prorogatio ſecum trahit acceſſiones, de iis tantum acceſſionibus intelligendam eſſe, quæ ab ipſis contrahentibus dependent. *arg. l. item quaritur.* 13. §. *ult. ff. locat.* Sed non animadvertit hac reſponſione effici, ut & fidejuſſor, qui ſimpliciter ſine adjectione temporis intervenit, prorogatione termini liberetur: quod tamen & ipſe negat, & perſpicue falſum eſt. Quod ſi quis dicat fieri poſſe, ut data dilatione ad ſolvendum debitor interim labatur facultatibus; iniquum autem videri, ut factum creditoris fidejuſſori noceat: is ſciat è contrario etiam fieri poſſe, ut debitor interim facultatibus augeatur, & prorogatio fidejuſſori proſit; denique dilationes hujuſmodi, ex humanitate fere indulgeri ſolere ad petitionem debitorum, quibus in præſentia ſolutio difficilis, ut interea temporis pecuniam conficere & ſolutionem expedire queant. *l. promiſſor.* 21. §. 1. *ff. de pecun. conſtit.* & ſimilib. unde porro & ipſe fidejuſſor hoc commodum ſentit, ut nec ille toto eo tempore, quamvis novo beneficio, exceptioni videlicet ordinis & excuſſionis, renuntiaverit, conveniri poſſit. Denique poteſt fidejuſſor, reo moram nectente, ipſe

in

in tempore ſolutionem offerre, & quod pro eo ſolvit, actione mandati, dum adhuc idoneus eſt, repetere. *l. idemque.* 10. §. *fidejuſſores.* 11. *ff. mand. l. mora.* 88. *ff. de verb. oblig.* Errant autem illi qui putant fidejuſſorem liberari, ſi creditori denuntiaverit, ut debitorem in tempore ad ſolvendum compelleret, iſque dum ceſſat, debitor deſierit eſſe ſolvendo. Nam in fidejuſſore ſubſidiario (quem vulgo fidejuſſorem indemnitatis, quanquam improprie, vocant) ſingulare hoc eſt, ut ſi creditorem opportune commonuit de exigendo debitore, & creditore ceſſante debitor fortunis exutus eſt, recte recuſet actionem contra ſe creditori dari. *l. ſi fidejuſſores.* 41. *pr. ff. de fidejuſſ.* Secus autem eſt in fidejuſſore ſimplici, per textum expreſſum in *l. ſi fidejuſſor.* 62. *ff. eod.* Nec obſcura eſt diverſi juris ratio. Nam fidejuſſor indemnitatis non idem promittit, quod reus debet, ſed quod à reo ſervari non poterit: ut hujus fidejuſſoris obligatio conditionalis ſit, nec prius ex natura conventionis cum eo agi poſſit, quam facultates rei ex cauſa judicati excuſſæ ſint, ut certo conſtet eum non habere unde ſolvat. *l. decem ſtipulatus.* 116. *ff. de verb. oblig.* Quare ſi talis fidejuſſor, quod ei conditio ſtipulationis permittit, creditorem tempeſtive monuerit ut debitorem exigeret, & creditore ceſſante, ille poſtea ſolvendo eſſe deſierit, perinde hoc habendum ac ſi non contigiſſet, quoniam ſuum à debitore ſervare potuit, & monitus debuit. *arg. l. factum cuique.* 155. *& l.* 161. *ff. de reg. jur.* At cæteri fidejuſſores idem, quod reus principalis, promittunt, & ſtatim ab initio una cum reo obligantur, ut nulla ſit in hujuſmodi fidejuſſoribus conditio, quæ creditorem certo tempore cum reo agere cogat, & ceſſantem cum fidejuſſore agere prohibeat. *Zaſ. Donell. Coſtal. & DD. comm. in l. ult. ff. de reb. cred. & in d. l. decem ſtipulatus. ff. de verb. oblig. Gail.* 2. *obſ.* 27. *n.* 13. *Gomez.* 2. *reſolut. c.* 13. *n.* 9. Cæterum aliud dicen-

dicendum videtur poſt conſtitutionem Juſtiniani de fidejuſſoribus non conveniendis niſi poſt reum principalem excuſſum. *Nov. 4. auth. præſente. C. de fidejuſſ.* ut jam omnis fidejuſſor, propter beneficium ordinis & excuſſionis, in ſubſidium obligatus videri poſſit, niſi huic beneficio renuntiaverit, & conſequenter ſi denuntiaverit creditori, ut debitorem in tempore conveniret, & illo moram interponente debitor inidoneus factus ſit, recte eum poſtulare ne contra ſe actio detur. *arg. d. l. ſi fidejuſſores. 41. ff. de fidejuſſ. ita Gomez. d. c. 13. n. 9. poſt Baldum in l. ult. ff. de reb. cred. Paul. Caſtr. in d. l. ſi fidejuſſores. col. 1. Panorm. in C. fin. ext. de fidejuſſ.* Sed vix eſt, ut hoc iis largiri poſſim. Neque enim hoc vult Juſtinianus *d. Nov. 4.* ut fidejuſſores ſimpliciter accepti is quod promiſerunt, debeant ſub conditione ſi creditor id à reo ſervare non poſſit: ſed cum ſimpliciter, ut ante, obligati maneant, hoc beneficium iis tribuit, ut non prius à creditore efficaciter conveniri poſſint, quam ille cum reo principali egerit, eumque excuſſerit. Quamobrem dum creditor hoc faciat aliquando, ſatisfacit conſtitutioni: nec ab illo exigendum, ut certo tempore præciſe cum reo experiatur, contra formam ſtipulationis, & veteris juris, quod proponitur in *l. ſi fidejuſſor. 62. ff. de fidejuſſ.* nec *d. Nov. 4.* mutatur, rationem: denique contra regulam vulgo receptam, ut nemo invitus agere cogatur. *tit. C. ut nem. invit. ag. vel accuſ. cog.* Plures differentias inter fidejuſſorem ſimplicem & ſubſidiarium, quæ hodieque manent, reperies apud *D D. in l. ult. pr. ff. de reb. cred.* præſertim apud Zaſium *ibid. n. 3. & ſeqq.*

SIMO-

SIMONIS VINNII, ARN. FIL.

ORATIO DE CONSTANTIA JURIS NATURÆ,

Recitata cum Doctor V. I. publice renuntiaretur poſtridie Kalend. Decemb.
CIↃ IↃC XLVIII.

SI eorum, quæ oratione tractantur, magnitudo & præſtantia non aliunde, quam ex ejus, qui de iis diſſerit, doctrina & dicendi copia ponderetur, magnopere mihi verendum eſſet, Auditores, ne hodierno die in hoc auguſtiſſimo & ad dicendum ampliſſimo loco ſplendor ac dignitas maximarum pulcherrimarumque rerum ingenii mei tenuitate & ſermonis inopia minueretur. Nam cum more majorum verba ad vos facturus oratione mea adoriri conſtituerim magnos illos Philoſophos, Protagoram, Ariſtonem, Pyrrhonem, nec non Traſymachum illum Platonis, & cæteros, qui contendunt

jus

jus nullum eſſe re ipſa, nullum, quod naturæ decreto conſtitutum ſit, ſed juſtum omne & æquum à ſola hominum opinione & potentiorum placito profectum eſſe; facile animadverti longe graviſſimam oblatam mihi eſſe materiam & ad falſam hanc ſententiam, ut ut magnam veri præ ſe fert ſpeciem, confutandam ac profligandam, & ad oſtendendum quid revera ſit jus, quid æquum & bonum, quid juſtum & honeſtum. Hæc autem omnia ſi quis ita ſe tractare poſſe confidat, ut rerum magnitudini orationis pulchritudo reſpondeat, eum oportet aut ita exercitatum eſſe in dicendo, ut facultate ſua fretus nihil ſibi difficile atque arduum putet; aut ita imperitum, ut errore ductus rerum pondera & momenta ſatis acute atque intelligenter perſpicere ac dijudicare non poſſit. Neque mihi nunc ulla alia res perculſum ac debilitatum in hac cogitatione animum erigit ac confirmat, quam quod apud eos viros loquendum eſt, qui & ea ſapientia ſunt, ut quanti quæque res ſit, ex natura ipſius, non ex iis, quæ de ea dicuntur, ponderent, & ea lenitate ac manſuetudine, ut iis, qui potius, quam officium deſerant, ejus onere opprimi malunt, facile ac libenter ignoſcant.

Non ſine cauſa à docto quodam viro dictum eſt, opinionem ſacrum morbum eſſe: quippe quæ adeo potens eſt in rebus humanis, ut nacta ſemel conſuetudinem abeat in mores, & diuturnitate temporis vim obtineat naturæ. Hinc fluxit vetus eorum error, qui putaverunt ſola opinione, non etiam natura jus omne conſtare. Videbant enim non idem apud omnes jus eſſe, non idem æquum & bonum, ſed alium alio jure populum, & fere ſuo quemque uti. Apud Perſas & Macedonas conſtituta fuit adverſus ingratos actio: cum apud alios populos malum hoc fuerit impunitum. In ſeditione populari, qui neutrarum erat partium, tenebatur lege Solonis,

cum is cæterarum civitatum inſtitutis, probi quietique civis laude cumularetur. Lacedæmonii & Ægyptii furta permiſerunt, quæ apud alios paſſim prohibita; apud Athenienſes ex lege Draconis etiam pœna capitis multata ſunt; ſicut & hodie nonnunquam furca laqueoque fures ulciſcimur. Ex rapto olim vixere Cilices; Maſſagetæ communes uxores habuerunt: apud Perſas matribus & filiabus miſceri jus faſque fuit; quæ res aliis non horrenda modo, ſed etiam odio digna, crudelique ſupplicio viſa eſt. Poſſem ſexcenta alia id genus exempla proferre, niſi id & otioſum eſſet & infinitum.

Non eſt autem quod hæc valde miremur in tanta populorum multitudine, quorum fere ſingulorum varia eſt & diverſa indoles: in una atque eadem ſæpe civitate & perbrevi tempore videmus leges ipſas mutari, corrigi & antiquari. Hinc tam multæ & frequentes earum abrogationes, derogationes, obrogationes, tot plerumque earum inter ſe repugnantiæ & diſſenſiones. Sed & in rebus honeſtis, quarum proxima eſt cum juſtis cognatio, animadvertere eſt, more tantum & conſuetudine quadam hominum inductas eſſe, cum nullum earum ſit in natura diſcrimen. Perſis turpe habebatur ſpuere, quod in reliquis populis non fit inhoneſte. Corporis nonnullis partibus tantus additus eſt pudor, ut quædam omnino non appellentur ſuis nominibus: aliæ appellentur quidem, ſed ita, ut honos præfandus ſit: at iſtam verborum verecundiam, ut ſtultam & puerilem, exploſerunt Stoici, qui nihil putabant turpe eſſe dictu, ſed omnem turpitudinem in rebus ipſis & factis, non in verbis & voce conſiſtere. Ex his omnibus jam effici videtur, totam iſtam juſti & injuſti, turpis & honeſti diſtinctionem nullam re ipſa eſſe, ſed injuſta & turpia ea tantummodo duci, quæ legibus aut moribus cujuſque populi prohibentur: quæ prohibitio ſi tollatur, aut contrario

rio hominum uſu paulatim antiquetur, jam vel naturæ conſenſu juſta fore & honeſta. Et eſt profecto hæc opinio non ficta, aut diſputationis duntaxat cauſa in ſcholis Philoſophorum agitata, ut pleræque aliæ; ſed habuit asſertores ſuos plurimos, eoſque magnos viros & doctos imprimis, à quibus diu multumque ſerio defenſa eſt. Habuit Protagoram, magis etiam Ariſtonem & Pyrrhonem, qui hoc non diſputationis gratia aſſeruerunt, verum quod ita ſe rem habere plane ſibi perſuaſerant. Habuit & Traſymachum illum Platonis, qui jus nihil aliud eſſe dicebat, quam quod placet & utile eſt potentiori: ac proinde quodcumque is, qui plus poſſet, lege ſua juberet & vetaret, jus eſſe, & quidem ſolum jus, neque ullam in eo eſſe naturæ veritatem.

Jam vero quod ab ipſa natura proficiſcitur, conſtans eſt & æternum, ſemper & ubique idem, nunquam ſibi repugnans, nunquam contrarium, nullo temporis curſu mutabile. Ignis ubique gentium & ſemper urit. Nix apud omnes & omnibus alba eſt. Non magis Germanis & Gallis ſymphoniæ jucundus auditus, non rerum bene olentium odor magis ſuavis, quam Indis & Garamantibus, aut contrariorum ſenſus magis contrarius. Hoc modo ſi jus non inſtitutum, ſed natum eſſet, quod quibuſdam juſtum eſt, id apud omnes pro juſto haberetur colereturque, & ſicut iiſdem ſenſibus, iiſdem etiam juſſis vetitiſque omnes uteremur. Itaque cum multi ſummo ingenio ſingularique doctrina homines ſemper in hoc ſtudio elaborarint, ac plures fortaſſe etiam quam in alia ſcientia, nemo tamen inventus è veteribus eſt, qui eam arte concludere conatus fuit, ſed tantum quiſque ex diſperſis & disjectis partibus decerpſit, quantum potuit aut judicio ſuo aſſequi, aut memoria comprehendere. Unde, ut videre eſt in eorum libris, non tam artificio ullo inſtructi, quam adjuti à natura, & legum, quam habebant, veterum memo-

memoria, quid juſtum vel injuſtum ſit, reſpondebant. Et tamen quam plauſibile & glorioſum autori ſuo id opus futurum fuiſſet, argumento eſt libertus Appii Claudii Cn. Flavius, qui ob expoſitas populo actiones, tantam in civitate gratiam eſt conſecutus, ut Ædilis Curulis crearetur. Sed bene viderunt viri excellentes & callidi, non poſſe in formam artis jus civile redigi, cum totum ſitum ſit in hominum inſtitutis, quæ & incerta ſemper, & ad diſcendum cuique ſunt facillima. Quare Juriſconſultorum memoria omnium in ore eſt, tanquam quæ ipſis aut ſola ſit, aut maxime neceſſaria, cum in cæterarum artium profeſſoribus artificium quoddam & acumen ingenii deſideretur: ut qui jura & inſtituta, quibus privati in quaque civitate utuntur, & actionum judiciorumque formulas memoria teneat, is in medio foro verſari, atque in judicum tribunalibus regnare poſſit, magna cum opinione juris ſcientiæ. Quod ipſum & multis olim, ut Aculeoni aliiſque, de quibus teſtatur Cicero, & noſtra quoque tempeſtate uſuveniſſe conſtat, qui in turba illa Forenſi & litigioſa multos annos verſati, nomen habuerunt magnorum patronorum & Juriſconſultorum, cum eſſent omnium litterarum rudes, & hujus civilis ſcientiæ ignorantiſſimi.

Atque hæc fere ſunt argumenta eorum, qui opinione hominum jus eſſe conſtitutum putant, non decreto naturæ. Equidem fateor belle hæc ab iis, & vere etiam magna ex parte dici, ad probandum vero id quod volunt, accommodate nequaquam. Aiunt jus natura nullum eſſe, idque oſtendunt ab inſtitutis hominum, quæ inter ſe ſunt diſſimilia, cum natura ſui ſit ſemper ſimilis: quaſi vero id quod juſtum eſt, ex ſolis legibus & ſcitis populorum æſtimandum ſit, ac non potius ex eo, quod juſtum eſſe dictat ipſa naturalis ratio, ſeu inſita animis hominum ac divinitus impreſſa juſti & injuſti notitia.

Eſt

Digitized by Google

Eſt ſane id jus, quod poſitum eſt in legibus & populorum inſtitutis, varium & incertum, atque ad quamlibet rerum oportunitatem mutabile. Nam cum ad cujuſque populi indolem ac mores pro loci & temporum ratione accommodetur, fieri aliter non poteſt, quin diverſum diverſis civitatibus & populis ſtatuatur: tum & ipſa temporum mutatio ac neceſſitas ſæpe juſtam affert mutandæ legis occaſionem. Pulchre Cæcilius JCtus apud Agellium, Ab optimis, inquit, Rerumpubl. gubernatoribus legum oportunitates & medelæ pro temporum & Rerump. generibus, ac pro utilitatum præſentium rationibus, proque vitiorum, quibus medendum eſt, fervoribus mutantur atque flectuntur, neque uno ſtatu conſiſtunt: quin ut facies cœli & maris, ita rerum atque fortunæ temporibus variantur. Lucius Valerius apud Livium, Quas tempora, inquit, aliqua deſideraverunt leges, mortales & temporibus ipſis mutabiles eſſe video: quæ in pace latæ ſunt, plerumque bellum abrogat; quæ in bello, pax. Prudentes & eruditi Medici non eadem omnibus ægrotis, ſed aliis alia, atque adeo contraria plerumque pharmaca applicant: ad eundem modum ſapientes quoque legum conditores leges ipſas ad indolem & mores cujuſque populi adaptare debent, perſonarum, cauſæ, loci, temporiſque ſemper habita ratione: nam ſi nullo judicio, nulloque rerum, perſonarum, locorum & temporum habito delectu actiones humanæ ſive publicæ, ſive privatæ ordinentur, acri ſane dignaque reprehenſione carere non poſſunt. Neque enim probanda eſt Cleonis apud Thucydidem ſententia, qui melius agi cum Republic. aut civitate dicebat, quæ malis legibus, dummodo conſtanter, quam cum ea, quæ bonis, ſed inconſtanter utatur. Quod vero jus ipſa humana ratio conſtituit, id ut per ſe juſtum & æquum eſt, ita & per ſe & ſuapte natura conſtans, perpe-

tuum atque unum eſt. Sed & quamvis non omnes legiſlatores idem ſemper ſtatuant, idem tamen omnes ſibi propoſitum habent, ſalutem ſcil. civium & Reip. utilitatem. Una, inquam, ſemper eſt aut eſſe debet legiſlatorum omnium mens, ut æquitate conſtituenda cives ſuos ad primam illam & immutabilem naturæ juſtitiam revocent; quam ſi legibus ſcriptis exprimere nequeant, voluntate certe proxime accedunt. Ac ne illud quidem exiſtimandum eſt; omnia eſſe juſta, quæ ſita ſunt in populorum inſtitutis aut legibus. An ſi quæ leges eſſent Tyrannorum, ſi triginta illi Athenis leges imponere voluiſſent, aut ſi omnes Athenienſes tyrannicis legibus delectarentur, num idcirco hæ leges juſtæ haberentur? Si furta, ſi adulteria aliave flagitia apud quoſdam populos impunita fuerunt; ſi ſint gentes, in quibus & nato genitrix, & nata parenti jungitur, an harum gentium barbari mores & pravum judicium efficere poſſunt, ut id, quod natura juſtum aut injuſtum eſt, tale eſſe deſinat? Quid quod neque illi ipſi quos diximus Lacedæmonii furta rerum omnium permiſerunt, ſed eduliorum tantum, neque omnibus furari, ſed junioribus duntaxat, quos furtim ſibi alimenta comparare voluerunt, ut acuerent induſtriam, diſcerentque à pueris noctu vigilare, interdiu fallere, inſidias ſtruere, exploratores habere; ita adultos bello meliores fore exiſtimantes, teſtibus Xenophonte & Agellio: quanquam in eo ſtulti, quod furtorum conſuetudine potius, quam virtutis amore & ſtudio, veram ingenerari fortitudinem crediderunt.

Quæ juſtorum eadem & honeſtorum diſtinctio eſt; quædam enim natura talia ſunt, quædam vitæ communis uſu introducta. Illa perpetua ſunt, apud omnes ubique & ſemper honeſta. In iis autem, quæ hominum conſuetudine inductæ ſunt honeſtates, tanta variatio eſt & diſſimilitudo, quanta eſt in ipſis

ipſis moribus, qui pro cujuſque gentis diſpari cultu & victu, varii & diſpares conſtituuntur.

Quod vero de ſenſibus afferunt, cunctis eos hominibus & quocunque in loco eoſdem eſſe, verum eſt cum ſani ſunt & valentes, nec ulla re alia impediuntur. At remum in aqua judicamus inflexum eſſe, & nimio æſtu laborantibus tepent frigida, & febre correpti vini ſuavitatem non ſentiunt. Sunt & in hominibus, qui clarius cernunt, ſunt qui liquidius audiunt, ſunt qui odorantur ſagacius, nec quiſquam fere eſt, qui non proprii aliquid habeat in ſenſibus: & tamen eadem & una ſenſuum vis omnibus ingenita eſt, quamvis ea in unoquoque valeat pro ſuæ duntaxat facultatis ratione.

Similiter mens humana multis ſæpe eſt occæcata erroribus, nec ſemper verum à falſo poteſt diſcernere; ſed in eo ſubinde fallitur non tam rerum ipſarum incertitudine, quæ nulla eſt, quam judicii imbecillitate & ignorantia. Neque tamen propterea putandum eſt mutari naturam; ſed cum una ſit & ſimplex, diverſa nihilominus & multiplex affectis diverſe animis apparet. Qui plus ingenio & doctrina poſſunt, rectius omnia judicant; qui utroque aut altero deſtituuntur, offendunt ſæpiſſime. Ut in cantu multa exaudiunt Muſici, quæ fugiunt ejus artis imperitos; & plurima non videmus in picturis, quæ vident Apelles & Parrhaſii: neque tamen alia eſt pictura indoctis, alia doctis hominibus; ſed ab iis, cum ſit eadem, non eodem illorum aſpectu ſentitur.

Jus ipſum quidem per ſe nudum & apertum eſt, ſibi conſtans, & jam tum à principio ſui generis æterna lege definitum: ſed id ad uſus hominum & mores, qui varii ſunt & incerti, accommodare & difficile eſt & arduum. Atque ex eo fit, ut non idem ſit de eo omnium judicium, aliudque alii faciendum videatur, aut non faciendum. Id vero accidere in rebus tam obſcuris nemini mirum videri debet, cum

ipſi ſenſus, quorum adeo clara ſunt & certa judicia, perſæpe hallucinentur. Nam Protagoræ jam pridem exploſa ſententia eſt, qui quicquid videtur tale eſſe dicebat, quale videretur; remum in aqua inflexum eſſe, quia talis apparet; & vinum ægroto acerbum, valenti ſuave eſſe, quia iis ejuſmodi eſſe videatur. Idque probabat à rebus juſtis, quaſi non alia de cauſa juſtæ eſſent, quam quod legiſlatoris opinione pro juſtis haberentur; abrogata lege tales eſſe & haberi deſinerent: quo neſcio an quicquam dici poſſit abſurdius: neque enim juris aut rerum ſtabilitas vacillat, ſed fallimur opinione & ſenſibus, dum illa prava eſt, hi corrupti. Quod ſi removerentur omnia, quæ obſtant & impediunt, quominus ſuo quodque naturali munere fungi perfecte poſſit, neque nobis unquam falſa perſuaſio imponeret, neque depravatus ſenſus deciperet, & omnium eſſet de omnibus certum & idem judicium: denique jus æque coleretur ab omnibus. Poſtremo nec illud ſatis argumenti eſt, ſola hominum inventione jus excogitatum eſſe, quod nulla dum arte ſit concluſum. Multa enim ſunt in rerum natura, quæ partim adhuc ignorantur, partim diſſipata jacent & diſperſa ſine artificio, quæ tamen propterea dici non poſſunt vere non exiſtere. Ac ne illud quidem verum eſt, non poſſe jus alicujus populi in artem redigi: nam ſi, ut ait Tullius, quæ longo negotiorum uſu & Rerumpub. adminiſtrationibus obſervata ſunt, hæc ab hominibus peritis animadverſa & notata, verbis deſignata, generibus illuſtrata, partibus fuerint diſtributa, non intelligo quamobrem non, ſi minus ſubtili quadam definitione, aut utique vulgari opinione ars eſſe videatur, aut certe artis quædam ſimilitudo & ſimulachrum. Quamobrem, ut ut iſta quæ objiciuntur, qualem qualem fucum habeant, non adeo tamen plauſibilia videri debent, ut à Platonis, Chryſippi, Ciceronis, aliorumque ſapientiſſimorum hominum ſententia dimovea-

moveamur, qui non ab hominum opinione, ſed à naturæ decreto jus fluxiſſe rectiſſime cenſuerunt. Nimirum fons legum omnium morumque natura eſt; finis ad quem ducimur ea ipſa natura eſt, natura, inquam, hominis, quam rectam rationem appellamus: nihilque revera juſtum aut honeſtum eſt, niſi quod huic rectæ rationi ſit conſentaneum; quamquam quid opus eſt rectum addere, cum quæ non ſit recta ratio, eadem ne ratio quidem ſit. Ut ſimia ſemper eſt ſimia, etiamſi purpura induatur; ſic injuſtitia ſemper eſt injuſtitia, etſi ex legis autoritate ſimilitudinem quandam gerit ſpeciemque juſtitiæ. Omnium, inquit M. Tullius, quæ in doctiſſimorum hominum diſputatione verſantur, nihil eſt præſtabilius, quam plane intelligi nos ad juſtitiam eſſe natos, neque opinione, ſed natura jus conſtitutum eſſe, atque hujus rei evidentiſſimum eſſe argumentum, quod etiam homines nullis artibus edocti, ſed ſola notione, quam eis indidit natura, rationis ſunt participes: cui autem rationem natura dedit, ei, inquit, & rectam rationem contulit: ergo & legem, cum lex nihil aliud ſit, quam recta & à Numine Deorum tracta ratio, præcipiens honeſta, & vetans contraria. Omnibus igitur ratio, omnibus lex, & omnibus jus à natura datum eſt. Hoc autem jus ſemper & ubique juſtum eſt & fuit: nec aliud hic, aliud Romæ, aliud Athenis, aliud nunc eſt, aliud poſthac erit: nam ut recta ratio inſita à natura & diffuſa in omnes conſtans eſt & ſempiterna, ita & quod ea præſcribit, ſemper atque ex ſe juſtum eſt atque immortale. Quamobrem nec quod hoc jure prohibetur, juberi poteſt: nec quod jubetur, vetari, vimque ſuam perpetuo retinent in obligandis conſcientiis anticipatæ in animis noſtris communes illæ, quas diximus, notiones, in quibus hæc conſtantia atque immutabilitas præcipue elucet.

Digitized by Google

Eruditiſsimo Juveni,

SIMONI VINNIO,

CUM

Summorum, qui JCtis debentur, honorum gratia, de divinis humaniſque rebus in Illuſtri Leidenſi Batavorum Academia graviter reſponderet, ac eiſdem, more majorum, merito ornaretur.

Quod Themidi promit Vinni facundia, Magni hoc
Et Patris & Nati filius inſtar habet.

V. CL.

ARNOLDI VINNII, JC. & hujus Academiæ Ornamenti incomparabilis, Collegæ mei, Filio unico, & in aliorum exemplum nato eductoque

L. M. Q.

Poſui

MARCUS ZUERIUS BOXHORNIUS.

Iu:

Digitized by Google

Juveni ad præclara nato

SIMONI VINNIO,

ARN. FIL.

Cum ſupremos in utroque Jure honores conſequeretur.

VINNI ſedule, digne laude VINNI,
Primam Delius & Themis juventam
Cui pallentibus abſtulere curis;
Cui tot ſollicitas lucerna noctes
Duxit pervigil, ebriumque olivo
Lychnum Lucifer haud ſemel notavit;
Quem ſæpe Aoniæ lyræ vacantem
Vidit Cynthia, deſideſque ſomnos
Damnavit Dea Latmii mariti.
Iam te continuo manet labori
Merces debita, teque Fama, VINNI,
Vltro te meriti ambiunt honores;
Æquis paſſibus & vocant iturum
Per veſtigia, queis peregit orbem
Splendor nominis inclytus paterni.
Quo cretus genitore ſis videto,
In te quem venerabimur renatum,
VINNI ſedule. Cernis, ut procantem
Procetur Themis & trahat trahentem,
Omni vix aliis emenda voto,
Quam ſponte obvia, quam benigna vobis!
Totam muneris hanc habes paterni.

NICOLAUS HEINSIUS.

Digitized by Google

Τῷ Λογιωτάτῳ καὶ Πολυμαθεστάτῳ

ΣΙΜΟΝΙ ΤΩι ΒΙΝΝΙΩι.

τοῦ Ἐνδοξοτάτου τῶν Νόμων Ἐξηγητοῦ

ΑΡΝΟΛΔΟΥ ΒΙΝΝΙΟΥ Υἱῷ πεπαιδευμένῳ,

ἐν τῷ πολυθρυλλήτῳ τῶν Βαταβῶν Λυκείῳ

ΝΟΜΟΔΙΔΑΣΚΑΛΩι κατ' ἀξίαν

ἀναγορευθέντι.

Τὸν καλὸν ἡβητῆρα, τὸν ἄγλαον ἀστέρα πάτρης,
Χαρμοσύνην πινυτοῦ καὶ φίλον ὄμμα Πατρός,
Τὸν πολλοῖς γεραρῆς σοφὸν ἀρητῆρα Θέμιστος,
Ἄσυλον ἀνδρομένης ἕρμα δικαιοσύνης,
Τὸν γλώσσας διδαέντα, ὅσας οὐκ ἄλλος ὁμῆλιξ,
Ἑλλαδικὴν, Ἀράβων, καὶ Σολύμης λαλιήν.
Τοῖον ἰδοῦσα νέον Θέμις, ἱμερόεντα μαθητὴν
Εὐνομίης ἄκρην δρεψάμενον κορυφήν,
Καὶ Πατρὸς ἠγαθέοιο περίκλυτον αἷμα, ἄεθλα
Ἄξια τοσσατίης προσδοκάαν ἀρετῆς,
Δῶκε γέρας περίπυστον, ἐπεὶ γὰρ θέμις ἦεν.
Τοῖς νομικοῖσι νέμειν ἆθλα θεμιστὰ ΘΕΜΙΝ.

E. SPANHEMIUS, FRID. FIL.

EIDEM.

DUm properas genio ſimilem te reddere *Patris*,
Ingenii profers conſcia ſigna tui.
Ergo tibi merito genitrix celſiſſima cum ſit
Haga, togæ cedat *Græcia*, *Troia*, tuæ.
In magnis voluiſſe ſat eſt.

C. V. MIDDELGEEST, Haga-Bat.

SIMO-

SIMONIS VINNII,

ARN. FIL. J. U. D.

ORATIO
DE
SAPIENTIA ROMANORUM

In jure conſtituendo, reddendo, interpretando, habita Idib. Januarii,
cIↃ IↃC LI.

FUit olim proverbium hoc, Auditores ſpectatiſſimi, tota Græcia celeberrimum maximeque uſurpatum, ἣν ἔλαχες σπάρταν, κόσμει, Spartam nactus es, hanc exorna. Cujus proverbii origo primum ab ipſis Spartanis civibus nata ſeſe inter ſe ad civitatis ſuæ dignitatem pro virili amplificandam communi iſta & populari voce cohortantibus poſt vero ita celebratum eſt, ut ad quaſvis honeſtas & probatas functiones accommodaretur. Quam ego vocem cum ad me quoque pertinere exiſtimarem, non committendum putavi, ut eam omnino neglexiſſe, aut pro nihilo habuiſſe videri poſſim. Conceſſa mihi poteſtas eſt à Nobiliſſimis inclytæ hujus Academiæ Curatoribus, nec non Collegis eorum florentiſſimæ hujus

hujus urbis Conſulibus, duos illos Pandectarum ſeu Degeſtorum juris epilogos, quorum alteri titulus eſt de verborum ſignificatione, alteri de diverſis regulis juris antiqui, publice interpretandi, iis nempe diebus, quibus Clariſſimi Profeſſores à lectionibus publicis abſtinere ſolent. Cæterum ne illotis, quod aiunt, pedibus hanc provinciam dicar ingreſſus, pro ea, quæ moribus uſuque recepta eſt, conſuetudine, priuſquam ad ipſam interpretationem accedam, verba ad vos ex hoc loco mihi facienda duxi, deque illuſtri aliquo argumento more à majoribus per manus tradito diſſerendum. Putavi autem non uſque adeo alienum ab inſtituto hoc noſtro fore, ſi de ſingulari illa pop. Rom. ſapientia, qua uſus eſt cum in legibus ferendis, & jure conſtituendo, tum in eo reddendo interpretandoque, in præſentia diſſertarem. Quam utique admirabilem fuiſſe neceſſe eſt, cum etiam nunc, quotquot ſunt reſpublicæ bene conſtitutæ, leges & jus civile Romanorum venerentur; atque ad hujus normam ultro ſe hodie componat orbis Chriſtianus. Non repetam rem à primordio urbis, à legibus Romuli aut Numæ, verum à decemvirali illa, quam merito fontem dixeris omnis publici privatique juris.

Exactis urbe regibus, pop. Romanus aliquamdiu incerto magis jure & conſuetudine uſus eſt, quam legibus latis, utpote legibus regiis una cum tyrannide pulſis, abolitiſque lege Tribunitiâ, latâ à Junio Bruto Tribuno Celerum, eo ipſo, qui & reges ejecerat. Sed cum ea res materiam litium civibus præberet, magnaſque ſæpe excitaret contentiones, placuit tandem, nec ita multò poſt, certas ferri & ſtabiles leges, ad quarum præſcriptum tum publice univerſi, tum privatim ſinguli ſe conformarent.

Sciebant prudentiſſimi mortales, non quicquid ubique egregium eſt, id in unius populi legibus aut moribus reperiri: quam ob cauſam nec unius tantum

civi-

civitatis jura cognoſcere voluerunt, ſed plurium, earumque ſapientiſſimarum, atque ex omnium harum inſtitutis, quod uſquam ſpecioſum, decerpere atque ad ſe transferre. Qua in re imitati videntur exemplum Zeuxidis Heracleotæ pictoris nobiliſſimi, qui cum Helenam Crotoniatis pingendam ſuſcepiſſet, petiit ab iis, ut virginum, quas haberent formoſiſſimas, ſibi inſpiciendarum copia fieret, ex quibus, de publico conſilio omnibus in unum locum conductis, ille quinque excellentis formæ delegit, ut quod in ſingulis laudatiſſimum erat, pictura redderet: neque enim putabat omnia quæ ad venuſtatem quæreret, uno in corpore ſe reperire poſſe.

Miſerunt igitur legatos in Græciam ad illas omnium doctrinarum inventrices Athenas, qui inclytas Solonis leges deſcriberent, quas ille unus è ſeptem ſapientibus Græciæ, & eorum facilè princeps, Athenienſibus ſcripſerat, ſublatis prioribus Draconis, in quibus nihil fuiſſe fertur memorabile præter pœnarum acerbitatem. Miſere Lacedæmona, qui ediſcerent leges Lycurgi, quas ille Spartanis tuliſſe fertur, adhibito prius in conſilium Deo. Miſere & ad alias urbes Græcas, non modo quæ in Græcia, ſed & quæ in Italia erant, ut omnium harum civitatum leges, inſtituta, moreſque explorarent. Miſere in Hetruriam, qui religioſa Tuſcorum cognoſcerent, quo ritu urbes condantur, aræ, ædes ſacrentur, qua ſanctitate muri, quo jure portæ ſint, aliaque ejuſmodi, quæ libris ritualibus religioſiſſimæ gentis continebantur. Ex tot clariſſimarum civitatum inſtitutis & legibus, ſimul ex eo jure, quod civitatis Romanæ proprium fuerat, delectis, quæ uſquam egregia, conflatum à Decemviris eſt jus civile Quiritium, compoſitæque illæ tantopere celebratæ leges XII. tabularum. Nos quidem harum legum nihil præter fragmenta quædam & rudera habemus. Cæterum hoc conſtat, tripertitam fuiſſe XII. tabularum diviſionem: prima

parte

parte comprehenſum id jus, quod ad ſacra & religiones pertinet, veluti Pontificium, & augurale: altera jus publicum, ſpectans ad ſummam Reip. ad poteſtatem populi in bello paceve decernenda, in magiſtratibus creandis, legibus jubendis aut antiquandis, privilegiis irrogandis: tertia, jus privatum, hoc eſt, id jus, quod cujuſque civis utilitatem privatim reſpicit, atque in hanc partem, quæ longe maxima fuit, jura rerum acquirendarum, poſſeſſionum, hereditatum, obligationum, actionum, cæterorumque, quæ ad rem familiarem cujuſque pertinent, relata fuiſſe. Non temere igitur Marc. Tullius in perſona Luc. Craſſi diſputans dixit, totam civilem ſapientiam bene deſcriptis omnibus civitatis utilitatibus ac partibus, XII. tabulis contineri: adeoque ſi quis cum Græcorum Lycurgo, Dracone, Solone Romanas leges conferre voluerit, eum facillime intellecturum, quam jus omne civile præter unum Romanorum, inconditum ſit ac pene ridiculum.

Procedente tempore jus civitatis adauctum, latæ & aliæ leges & plebiſcita pro legibus accepta. Cæterum etiam in hoc legum cumulo fons omnis ſacri & humani juris manſit lex XII. tabularum. Porro ad commendationem juris Romanorum plurimum valuit ea pars, quæ poſita eſt in jure dicundo interpretandoque. Jus dicentis officium latiſſime patere voluerunt, nec conſiſtere tantum in jure conſtituto privatim ſingulis poſtulantibus reddendo, verum etiam in jure edictis publice univerſis proponendo, ac velut conſtituendo, facta magiſtratibus poteſtate, ea, quæ à legibus & jure civili proficiſcebantur, mitigandi, ſupplendi, adjuvandi, corrigendi, prout aut naturalis æquitas, aut utilitas publica poſtulare videretur, ſalva populi legumque majeſtate: quod jus honorarium appellaverunt, & vivam eſſe vocem juris civilis Marcianus Juriſconſ. ſcripſit. Illud vero præcipue & auctoritatem legibus Romanor. attulit,

&

Digitized by Google

& ſtabilitatem, quod magno in honore ac pretio apud eos ſemper fuit juris conſtituti cognitio atque interpretatio. Sciebant enim non ſatis conſuli civibus ſola legum ſanctione, niſi ſint in civitate qui vim legum intelligant, eaſque interpretari, atque in infinita rerum & negotiorum varietate populo de jure reſpondere poſſint: qui quaſi cuſtodes ſint juris civilis, quorumque autoritate ſua conſervetur legibus autoritas, atque ad poſteros tranſmittatur. Itaque huic muneri præeſſe voluerunt ampliſſimos quoſque & clariſſimos viros, ipſa civitatis lumina, Claudios, Scipiones, Mucios, Catones, Brutos, Craſſos, Lucilios, Gallos, Sulpitios, alioſque plures, quos omnes conſtat juris civilis ſcientiam profeſſos eſſe, interpretando, reſpondendo, pleroſque etiam docendo, diſputando, ſcribendo. Ecquam autem aliarum gentium commemorare poſſumus, non dico quæ in hoc genere certare cum populo Romano poſſit, ſed in qua ſtudium juris civilis aliquo in pretio habitum & vel negligenter excultum fuiſſe videatur? Ubi tandem aut inſtitutas de jure diſputationes, aut ſcriptos libros fuiſſe legimus? Ubi denique nomen ipſum vel Juriſconſultorum vel Juriſprudentum, niſi apud populum Romanum auditum? Utique non eadem apud Græcos pragmaticorum, quæ Juriſconſultorum apud Romanos, vel facultas vel dignitas fuit. Apud Græcos, qui ſeſe privatorum negotiis, rebuſque agendis interponebant, non Juriſconſulti, ſed pragmatici nominabantur, quaſi dicas negotioſi & formularii, homines, ut Craſſus apud Ciceronem ait, infimi & mercenarii, qui ſe miniſtros in judiciis oratoribus præbebant. Non ſum, inquit Fabius, moris noſtri ignarus, oblituſve eorum, qui velut ad arculas ſedent, & tela agentibus ſubminiſtrant: neque idem Græcos quoque neſcio factitaſſe, unde nomen his Pragmaticorum factum eſt. Et Antonius 1. de Oratore, Itaque Græci, inquit, diſer-

diſertiſſimi homines, miniſtros habent in cauſis Juriſperitos, cum ipſi ſint imperitiſſimi, & qui pragmatici vocantur: in quo noſtri omnino melius multo, quod clariſſimorum hominum auctoritate leges & jura tecta eſſe voluerunt. Et recte profecto. Non enim Romani item ut Græci, Juriſconſultorum ſuorum munus in tam exili & tenui opera conſumi voluerunt, ut actionibus tantum ac formulis, cautionibuſque præeſſent; ſed in æquo bonoque civibus omnibus reſpondendo. Quapropter præclare mihi Celſus artem juris definiviſſe videtur, artem æqui & boni. Siquidem officium Juriſconſulti & prudentia illius maxime in eo conſiſtit, ut quid in unaquaque re æquum, quid iniquum ſit, videre, tum diſcernere, & de eo reſpondere poſſit conſilium ſibi expetentibus. In recti, inquam, pravique diſcrimine: cum illi, qui ſe ad album ſolummodo ac rubricas transferunt, formularii, vel, ut Cicero ait, leguleii quidam efficiantur. Igitur Romæ ampliſſimi quique cives & nobiliſſimi viri, quaſi juris civilis cuſtodes, in hoc munere, tanquam in præſidio aliquo locabantur, à quibus cæteri cives, quid æquum bonumque eſſet, cum uſus veniret, exquirerent. Atque hi non contenti communi quadam legum & conſuetudinis intelligentia, omnes bonarum litterarum opes, cunctas eruditionis juſtæ ac legitimæ partes ſibi comparabant, diſciplinam Reipubl. cauſam Imperii cognoſcere, omnem denique bene vivendi rationem tenere & perſequi ſatagebant. Jam vero quantum illud eſt, quod Juſtitiæ ſacerdotes ſeſe profiterentur, veræque & non ſimulatæ Philoſophiæ ſectatores, nimirum neceſſe eſt eos fuiſſe viros graves, ſanctos, ſeveros, incorruptos, inadulabiles, vi & majeſtate æquitatis veritatiſque terrificos. Ad hos vel tranſverſo obambulantes foro, vel in ſolio ſedentes domi ſic adibatur, non ſolum ut de jure civili ad eos, verum etiam de filia locanda, de fundo emendo, de agro colen-

colendo, de omni denique aut officio aut negotio referretur. Quod ſane præclarum ac majeſtatis plenum fuiſſe conſtat; vel cum alacri illi ac prompto ore huc atque illuc intuentes vagabantur magna cum caterva toto foro, præſidium clientibus, atque opem amicis, & prope cunctis civibus lucem ingenii & conſilii ſui porrigentes atque tendentes: vel cum in ea domus parte, ubi majorum imagines aſſervabantur, quaſi auguſto aliquo loco ſella poſita Divæ Juſtitiæ, oracula enunciabant atque fundebant. Quare non immerito Marcus Tullius dixit, domum Juriſconſulti oraculum eſſe totius civitatis, unde ſibi, ſi non populi & Reges, ut ab illo apud Ennium Pythio Apolline, at omnes ſui cives conſilium expetant, ſuarum rerum incerti, quos ille ex incertis certos, compoteſque conſilii dimittat, ut ne temere res tractent turbidas. Præclare igitur ſapientiſſimus Poëta, qui cum ſuas cuique genti laudes attribuiſſet, pingendi, ſculpendi, obſervandi cœli, Romanis reipublicæ conſtituendæ ſcientiam adjudicavit. *Tu regere*, inquit, *imperio populos, Romane, memento: Hæ tibi erunt artes, pacique imponere morem*, & quæ ſequuntur.

Accepto Principe ingens acceſſio facta, ac tum demum hoc civile ſtudium ad ſummum perductum eſt. Nam cum vitio ſæculi paulatim invaluiſſet, ut paſſim & promiſcue cuivis, qui modo ſtudiorum ſuorum fiduciam haberet, fas eſſet Juriſconſultum ſe profiteri, & publice de jure reſpondere, ne vel multitudine profitentium, vel quorundam imperitia, ignavia, ſordibus res tanta vileſceret, atque ut Pomponius noſter in hiſtoria de origine juris ſcribit, quo major eſſet juris auctoritas, Divus Auguſtus conſtituit, ut ex ſua auctoritate de jure reſponderetur, nec quemquam ex eo tempore paſſus eſt juris ſcientiam profiteri, publiceve de jure reſponſitare, niſi cui id beneficii loco, ob inſignem virtutem, ſingularem eruditionem ac cognitionem juris civilis ipſe conceſſiſ-

ceſſiſ-

ceſſiſſet. Quod inſtitutum atque exemplum Auguſti reliqui deinceps Principes ſecuti ſunt. Poſteriores etiam hoc addiderunt, ut ne quis Juriſconſulti titulo prius inſigniretur, quam jurati Doctores, quorum opera uſus eſſet, teſtati fuiſſent, dignum eſſe atque ea eruditione juriſque intelligentia præditum, ut in numerum recipi & matriculæ Togatorum inſeri poſſet.

Sed quod omnium maximum eſt, ipſi Principes, quibus nunc ſolæ commendantur diſciplinæ Mathematicæ, non aliud ſtudium magis, quam juris civilis excolebant. Apud Hiſtoriæ Auguſtæ ſcriptores, nihil occurrit crebrius, quam quod ipſi Principes jus aſſidue, laborioſiſſime ac ſeveriſſime dixerunt. Cum autem jus dicerent aut judicarent, adhibebant in conſilium non amicos aut comites ſuos, ſed viros ſapientes & clariſſimos ex ordine Juriſconſultorum, ſicut Ælius Spartianus de Hadriano refert, eum cum judicaret, in conſilio habuiſſe Julium Celſum, Salvium Julianum, Neratium Priſcum, nec alios adhibuiſſe, quam quos univerſus Senatus probaviſſet. Teſtes ſunt iidem Auguſtæ hiſtoriæ ſcriptores, hunc veterum Principum morem fuiſſe, ut Juſtitiæ ſolium cotidie frequentarent, non ſolum ut id nuda ſua decorarent præſentia, ſed ut ipſi civibus de jure reſponderent, cauſas cognoſcerent, partes audirent, ſententiam pronuntiarent. Cujus rei luculentum exemplum nobis exhibet Marcellus libro Digeſtorum vigeſimo octavo. Prolatum erat in auditorio Principis teſtamentum, in quo heredum nomina teſtator induxerat: quam ob cauſam bona à fiſco vindicabantur, ſcriptis heredibus indignitatis inſimulatis. De legatis tamen diu dubitabatur. Advocatus fiſci dicebat, Vos, ſcripti & inducti habetis judices veſtros, præfectos ærarii, non eſt quod Imperatorem de ea re ſollicitetis. Vivius Zeno dicebat, Rogo, Domine Imperator, audias me patienter, quid de legatis ſtatues? Cui Antoninus Cæſar (nam apud Marcum Antoni-

Antoninum Philoſophum hæc cauſa agitabatur) videtur tibi voluiſſe teſtamentum valere, qui nomina heredum induxit? Reſpondet Cornelius Priſcianus Advocatus Leonis, Nomina heredum tantum inducta ſunt, Domine Imperator. Replicabat Longinus Advocatus fiſci, Non poteſt ullum teſtamentum valere, quod heredem non habet. Priſcianus dicebat, Manumiſit quoſdam, Domine Imperator, & legata dedit. Tandem Antoninus Cæſar remotis omnibus cum deliberaſſet, & admitti rurſus eoſdem juſſiſſet, ſententiam ipſe proferens dixit, Cauſa præſens videtur admittere humaniorem interpretationem, ut ea duntaxat exiſtimemus teſtatorem irrita eſſe voluiſſe, quæ induxit. Hoc exemplum & formam nobis exhibet, qua in cognoſcendo & judicando Principes olim uſi, & ſimul oſtendit bonos Principes in re dubia contra fiſcum pronuntiare ſolitos, cujus cauſa nunquam mala eſt, niſi ſub bono Principe.

Sed nec hoc prætereundum, quod nunquam temere aut inconſulto, nunquam ſine manifeſta civium utilitate quicquam novi juris conſtituebant, ſed explorato prius judicio & ſententia virorum prudentum, cenſerentne illi id poſſe recipi ſalva ratione juris conſtituti, tum an in eo tam evidens ac juſta civium utilitas verſaretur, ut auctores ſibi eſſent rei novæ conſtituendæ. Sic legimus Divum Auguſtum prudentiſſimum Principem, non ante irrepentem in Rempublicam codicillorum uſum ſua autoritate confirmare voluiſſe, quam convocati viri ſapientes (inter quos Trebatius tunc erat maximæ dignationis) cenſuiſſent morem iſtum civibus & utiliſſimum eſſe & perneceſſarium. Imperator Alexander ipſe Princeps Juriſconſultiſſimus nullam legem ſanxiſſe fertur, niſi adhibitis prius in conſilium xx. Juriſperitis, & id quidem ut iretur per ſententias ſingulorum, ſcriberenturque quod quiſque dixiſſet, dato etiam ſpatio ad diſquirendum cogitandumque,

priuſ-

priuſquam dicerent, ne incogitata dicere cogerentur de rebus tanti ponderis & momenti. Hoc jus tam prudenter, tam penſiculate conſtitutum non potuit non ſe latiſſime diffundere per univerſum orbem Chriſtianum. Diffudit autem ſe ac propagavit non tam potentia imperii Romani, quam legum à Romanis latarum evidentiſſima æquitate, utilitate ac juſtitia: adeo ut hodieque tanquam jus aliquod gentium ubique fere locorum colatur, atque in omnibus bene conſtitutis Academiis publice doceatur.

A Juſtiniano ſacratiſſimo Principe etiam hoc habemus, quod is immenſa veteris prudentiæ volumina in unum corpus contraxit, atque ea, quæ diffuſa & diſſoluta fuerant, certo volumine comprehendit, atque arte quadam ſic conglutinavit, ut jam etiam multo facilior, quam antea fuerat, cœperit eſſe juris civilis cognitio. Hoc autem volumen, quia ordine quodam diſpoſitum eſt, omniſque generis veterum Conſultorum ſententias & reſponſa complectitur, Digeſta, aut Græca voce Pandectas appellari voluit. Huic porro tanto operi ut colophonem adderet, duplicem ei ſubjecit epilogum, quorum primus eſt verborum, quibus paſſim in jure utimur; alter rerum, ex regulis juris conficitur. Uterque meat ac ſeſe diffundit per univerſum juris corpus, haud ſecus ac venæ atque arteriæ per corpora noſtra atque aliorum animalium diffuſæ & diſperſæ ſunt. Uterque tam in foro quam in ſcholis verſantibus cognitu non modo perutilis, verum etiam neceſſarius. Uterque commentarii vicem tyronibus in ſtudiorum primordiis utiliſſimi exhibere poteſt. Equidem non ignoro eſſe nonnullos, qui contendunt verborum ſignificationes nihil ad eos, qui juris ſcientiam profitentur, pertinere, ſed hoc totum eſſe profeſſionis Grammaticæ: ſed profecto illi homines toto errant judicio. Quid enim juvabit vel in ſcholis vel in medio foro verſari,

ſi ea,

ſi ea, quæ dicuntur aut proferuntur, non intelligamus.

An non in omni diſciplina prima eſt verborum & dictionum ac phraſium diſputatio? An non verba ad hoc inventa, ut ſententiam & voluntatem dicentis declarent? Ideoque Plato princeps ingenii & doctrinæ dicere ſolebat, primam eſſe debere verborum curam, licet rerum potiſſima ſit: quippe verba notas eſſe rerum, omnemque orationem à rebus oriri ac dependere, ut qui in hiſce notis ac ſymbolis erraverit, neceſſario etiam ipſis in rebus ſit hallucinaturus. Atque ut omnes artes ac diſciplinæ proprias & peculiares habent voces, citra quarum intelligentiam ad rerum cognitionem nullo modo perveniri poteſt, ita & vel maxime diſciplina juris. Certis & ſolennibus verbis conceptæ leges, ſenatuſconſulta, edicta, certæ heredum inſtitutionis, legatorum, cautionum, ſtipulationum, actionum, aliorumque id genus formulæ, in quorum omnium interpretatione veterum Juriſconſultorum verſatam eſſe induſtriam minime ignotum eſt. Lepidum eſt, quod Aulus Gellius de quodam celeberrimi nominis Grammatico refert, qui interrogatus à Gellio, quid eſſet ex jure manum conſertum; reſpondit ſe rem Grammaticam docere, non jus reſpondere: ſed, inquit, ſi quid ex Virgilio, Plauto aut Ennio quærere habes, quæras licet. Atqui, inquit Gellius, ex Ennio eſt quod quæro: ſic enim Ennius, *Non ex jure manum conſertum, ſed mage ferro rem repetunt*, &c. & ſimul ire juſſit hominem, ac diſcere unde Ennius didicerat, ad juris aliquem peritum. Alter epilogus, qui rerum eſt, ut dixi, atque ex regulis juris conficitur, rejectus eſt in locum extremum, & ſane quidem merito. Quid enim aliud ſunt illæ regulæ, quam velut rivuli quidam ex fontibus juris conſtituti manantes ac diducti? quam velut poriſmata quædam ordine conſecutionis univerſali legum doctrina poſteriora? Unde illud hujus epi-

logi

logi initio, Non ex regula jus ſumatur, ſed ex jure, quod eſt, regula colligatur & fiat. De hujus epilogi ſive tituli utilitate nihil aliud in præſentia dicam, niſi quod Ulpianus noſter commendaturus titulum de in integrum reſtitutionibus, Hic titulus, inquit, commendatione non eget: ipſe enim ſe ſatis oſtendit. Nam ſive eos ſpectemus, qui jus civile interpretantur docendo ſcribendove, aut qui in foro reos tuentur atque defendunt, & de jure conſultoribus reſpondent, vel denique qui jus dicunt redduntque, ut magiſtratus & judices; hi, inquam, omnes niſi in mundo atque in promptu habeant copiam quandam harum juris regularum ac præceptorum, vix eſt, ut munere ſuo recte defungi queant. Sed de his latius diſſerendi, Deo volente, dabitur occaſio, quando, quod nunc ſupereſt, manum operi ſuſcepto admovebimus, Spartamque quam nacti ſumus, pro virili rebus ipſis & factis exornare conabimur.

Faxit Deus Opt. Max. præſes & tutor inclytæ hujus Academiæ, ut hæc res mihi, vobiſque omnibus, & Reipublicæ literariæ bene feliciterque eveniat.

Digitized by Google

IN EXCESSUM SIMONIS VINNII, A. F. J. C. JUVENIS EXIMII.

VInniadem rapuit juvenem florentibus annis
Mors. Cur ſed juvenem? Credidit eſſe ſenem.

Manibus Memoriæque

SIMONIS VINNII,

Magni Patris Magni Filii, ut præſtantis jam magna, ita majora pollicentis, Eruditione, Ingenio, Judicioque, & rara morum Comitate Ornatiſſimi, in ipſo ætatis flore rapti, parentum pluriumque jam deſiderii.

T. M. Q.
S.

BOXHORNIUS.

AD PATREM DEFUNCTI, SENEM MOESTISSIMUM.

VEſtitur arbor mille ſæpe floribus,
Fructuſque nullus mille ſæpe eſt floribus.
Ridere cum jam ſpes videtur, decipit.
Animum, pater, totumque te, VINNI, *erige.*
Fortuna fortes opprimit nunquam viros;
Humoque tollit, ſævior cum jam furit.

BOXHORNIUS.

Digitized by Google

AD

Ampliſſimi & Clariſſimi Viri

ARNOLDI VINNII,

In Celeberrima Lugdun. Batav. Academ. Juris Profeſſoris Primarii, unici Filii,

SIMONIS VINNII, J.U.D.

inopinum Funus.

QVi nuper dirus luxit, Linemanne, Cometes;
Veri præſagum Te probat eſſe Virum,
Sublimi ingenio natis juvenilibus annis
Dixiſti vereor, Magne, malignus erit.
Ita eſt, Lethiferum hoc lumen vix condidit Æther;
Siderea mentis lumen & ecce cadit.
Aſpice Belgarum Virtuti nata juventus;
Occidit ecce tui lux veneranda chori.
Ille juventutis Princeps, flos ille vireſcens
Muſarum, verno tempore morte perit.
Vergentis Patriæ columen, fulcrumque ſenectæ;
Heres præclari Nominis, atque decus.
VINNIUS ille riget, quem nuper roſtra, Cathedra,
Portarunt, hunc nunc atra feretra ferunt.
Germanis effertur amor, Belgiſque voluptas,
Cor matri, juri gloria, vita patri.
Mento caneſcant multi, mente hic; multique Capillo;
Pectore, ſed juvenis mortuus hicce ſenex.

Et Germanos æſtimare Belgas, & eſſe Belgis quod ament, & mirentur Germani exemplo vita functi Cl. Viri amici quondam ſui Col. L. M. Q. innuere voluit.

D. L. E. L.

IN MANES

Eruditiſsimi Clariſsimique Viri Iuvenis

D. SIMONIS VINNII,

Juris Utriuſque Doctoris,

Magni illius

ARNOLDI VINNII, JC.

Et in Batavorum Academia Profeſſoris celeberrimi, Filii non degeneris.

Heu præmaturos obitus! heu triſtia Muſis
Funera, fataleſque rogos! heu aſpera nobis
Juſſa Deûm, ultriceſque iras! Quæ dira nocendi
Te rabies agitat Lacheſis? Cur ordine verſo
Præcipitas furibunda colos? doctamque per urbem
Nullâ lege ruis? Juvenemque heu! invida tollis
Vinniadem? Juvenem, quo non præſtantior alter
Ingenio, geniove fuit. Quid pectora Phœbo
Sacra rapis? Quid devotam virtutibus, urnæ
Depoſitum, vis eſſe animam? Cur iſta furori
Debetur mens, Parca, tuo? Cur nobile Matris
Delicium pignuſque ipſi venerabile mundo
Abrumpis? Si vitæ hominum tibi ſumma poteſtas,
Juſque datum eſt, hos perde quibus ſua fama vacillat,
Hi pereant, queis vita perit, mors ſæviat inter
Quos rectum ſapuiſſe pudet. Satis ampla, Tyranne,
Materies & ſcena patet. Nihil eſt ubi tu non
Imperium protendis, & in quo dirigis arcum.
At meus in te quid potuit committere tantum
Vinnius, Aonideſve Deæ? Quid turba ſororum,
Quid Carites potuêre? Omnes jam lumine caſſum
Lugent, & nigrâ ſquallent in veſte Camænæ,
Exprobrantque immane nefas. Proh Jupiter! audis?
Exclamant: rigidæ num tanta licentia morti eſt?

Digitized by Google

Num tantum fuit auſa ſcelus ? Dii talia fatis
Inſtaurate , iterum ingeminant: non unius umbram
Proſternunt: cunctæ morimur: diſpendia ſortis
Sentit quæque ſuæ : tumulo proh ! clauditur iſto
Quicquid Apollineis divinum vatibus audit.
Huic pietas amor unus erat. Prudentia, candor,
Simplicitas , caſtamque decens reverentia mentem
Hoc fulſère viro. Studiis ſe dedit honeſtis ,
Cecropiamque ſuo volvit ſub corde Minervam,
Et facilis Dea viſa fuit ; nam contulit omnes ,
Quas Helicon ſervabat opes , quæcunque vetuſtas
Priſca tenebroſo abdiderat ſecreta receſſu
Huic aperit, Latiaſque docet ſcrutarier artes.
Nec minus æqua *Themis* Juveni, reſcripta Quiritum,
Et quæ legiferæ dictant mandata tabellæ
Evolvit , normaſque æqui ſpatioſaque promit
Jura fori, & Justi hoc concludit corpore Corpus.
Sed non iſta juvant : nihil eſt Permeſſide lymphâ
Ebria mens: nil Cæſareum complexa volumen
Enthea vis animæ: primi non integer ævi
Floſculus ægrotis adimit contagia membris.
Exemplo , Vir Clare probas, dum ſola Parentum
Spes , *Vinni* , ſpes ſola jaces, nos funera mœſti
Proſequimur, plorantque tuos tot Numina manes.

…ceptori ſuo parentans poſuit.

I. Lanst.

FINIS.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google